
3 1761 09373267 5

ENCYCLOPÉDIE SCIENTIFIQUE

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION

du Dr TOULOUSE, Directeur de Laboratoire à l'École des Hautes Études.

Secrétaire général : H. PIÉRON, Agrégé de l'Université.

BIBLIOTHÈQUE DE SOCIOLOGIE

Directeur : Gaston RICHARD

Professeur de science sociale à l'Université de Bordeaux.

LA SOCIÉTÉ

ET

L'ORDRE JURIDIQUE

LA SOCIÉTÉ

ET

L'ORDRE JURIDIQUE

PAR

ALESSANDRO LEVI

PROFESSEUR DE PHILOSOPHIE DU DROIT
A L'UNIVERSITÉ DE FERRARE

PARIS
OCTAVE DOIN ET FILS, ÉDITEURS
8, PLACE DE L'ODÉON, 8

1911

A SARAH NATHAN

épouse, amie, collaboratrice

sur le seuil d'une vie nouvelle
que le travail rendra digne
et l'amour sereine
ce livre
qu'elle a vu naître
est dédié.

PRÉFACE

L'ouvrage, que je présente au public après un long travail, veut être un examen des fondements de l'ordre juridique, ou — pour employer, ici, des mots moins techniques — des caractéristiques essentielles du droit.

Il m'aurait été facile de faire étalage d'une bibliographie beaucoup plus ample que celle que le lecteur trouvera à la fin du volume — j'ai même, un peu, la passion de la bibliographie ! — mais si, pour les travaux historiques, il est nécessaire d'appuyer toute assertion sur des documents, j'ai pensé qu'il ne fallait pas alourdir une œuvre comme celle-ci qui, si modeste qu'elle soit, est un produit spontané de la pensée, avec le poids de citations trop nombreuses. Je me suis donc borné à rappeler les auteurs, auxquels j'empruntais, parfois, quelque idée, ou contre lesquels je tenais à exprimer mon avis, et tels livres,

auxquels — à défaut de longs développements, impossibles dans un ouvrage de cette nature — je voulais renvoyer les lecteurs, curieux d'approfondir tel ou tel autre point.

Le sujet, que j'ai traité, est tellement difficile et si vaste, qu'il requerrait, pour être examiné dans toute son ampleur et de tous ses côtés, plusieurs années de recherches et de méditations. C'est — je m'en aperçois — à la fin d'une vie de pensée, et non aux premiers pas (sinon tout à fait au début) d'une carrière d'études, qu'on aurait pu composer d'une façon moins imparfaite un livre tel que celui-ci. Il aurait dû être une œuvre de vieillesse mieux qu'un essai de jeunesse.

Mais, d'ailleurs, dans les études de philosophie on ne peut toucher à aucun argument sans que beaucoup d'autres ne viennent, au moins implicitement, en discussion. C'est là leur immense et particulière difficulté! Dès le début de ces études, donc, il faut tâcher d'acquérir cette vue d'ensemble, qui, embrassant tout un territoire de la pensée, puisse orienter dans l'examen des différentes questions. Après des études, que je pourrais dire préliminaires, de philosophie, d'histoire de la philosophie, de droit, je *sentais* impérieusement le besoin d'acquérir, pour mon compte, une telle vue d'ensemble sur les points principaux de la science, à laquelle j'ai consacré toutes mes forces, la philosophie du droit.

C'est à ce moment de ma vie intellectuelle que mon

savant collègue et ami, M. Gaston Richard, qui connaissait mes précédents travaux et les avait examinés d'une façon fort aimable dans la *Revue philosophique*, m'a adressé l'invitation de collaborer, avec une œuvre de caractère général, à cette Bibliothèque. Je l'ai acceptée, avec une certaine crainte et après quelque hésitation, mais non sans enthousiasme, surtout parce qu'elle m'offrait l'occasion pour satisfaire à ce besoin de mon esprit.

Avant d'examiner d'autres questions, auxquelles j'ai l'intention de consacrer mes recherches — telles que le concept d'ordre public, les nouvelles théories sur l'abus du droit et sur la responsabilité objective, l'idée de *bona fides*, la portée des « principes généraux » de notre droit, le formidable problème du progrès du droit et des droits acquis — il fallait, en effet, se demander ce qu'est vraiment l'*ordre juridique*.

Je rappellerai des mots de Bacon : « Numnon in aula spatiosa consultius foret unum accendere cereum, aut lychnuchum suspendere variis luminibus instructum, quo omnia simul perlustrentur, quam in singulos angulos quaquaversus exiguam circumferre lucernam?[1] ». On pourrait m'objecter que mon *cereum* ou mon *lychnuchum* ne fait pas beaucoup de lumière. Je ne le dénie point; tout mon espoir est d'intensifier, dans la suite de ma vie d'études, cette lumière. Mais il fallait pourtant, pour l'évolution ultérieure de ma pensée, que ce cierge fût allumé pour et avant que je

1. Bacon, *De dign. et augm. scient.*, Lib. I; *Works*, I, p. 454.

m'apprêtais à examiner tel côté de cette cour spacieuse, qui est la philosophie du droit.

De ce besoin d'orientation est né ce livre, qui voulait répondre à des demandes intimes, à des problèmes qui agitaient mon esprit. « Le philosophe — dit, d'une façon pénétrante, Schopenhauer — devient toujours tel, à travers une perplexité, dont il essaie de se délivrer[1]. » Je n'ai pas la prétention d'avoir apaisé définitivement mes doutes. En étudiant à nouveau, à l'occasion de recherches particulières, les questions qu'ici j'ai abordées, je pourrai adopter des solutions différentes. Mais ce qu'il me fallait c'était d'examiner, dans son ensemble, ce vaste pays du droit, dans lequel il y a encore tant à faire pour une philosophie réaliste, qui soit digne de ce nom.

Ce livre n'est, pour moi, qu'une étape, avant de procéder à de nouvelles recherches. J'espère qu'il puisse fournir aussi à des lecteurs bienveillants — il est dédié particulièrement aux jeunes juristes — quelques suggestions pour de nouveaux travaux.

A. LEVI.

Venise, le 9 mai 1910.

1. « Der Philosoph... wird es immer durch eine Perplexität, welcher er sich zu entwinden sucht. » (SCHOPENHAUER, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, I. Buch, § 7. *Sämmtl. Werke*, I B., p. 68.)

LA SOCIÉTÉ
ET
L'ORDRE JURIDIQUE

INTRODUCTION

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DANS LA LOGIQUE DES SCIENCES ET DANS LA VIE SOCIALE

1. *Vie, pratique, sciences du droit.* — **2**. *Questions, qui dépassent les limites des sciences du droit positif.* — **3**. *Méfiances contre la philosophie du droit.* — **4**. *L'ethnologie juridique et la théorie générale du droit ne peuvent pas se substituer à la philosophie du droit.* — **5**. *La philosophie du droit dans le système de la jurisprudence.* — **6**. *La philosophie du droit dans le système de la philosophie.* — **7**. *Philosophie de l'économie, du droit, de la morale. Sociologie et philosophie de la vie pratique.* — **8**. *Science et action. Valeur sociale de la philosophie du droit.*

1. Monsieur Jourdain, le *bourgeois gentilhomme*, qui, en apprenant de son maître de philosophie « qu'il n'y a pour s'exprimer que la prose ou les vers », est tout étonné de s'apercevoir que pendant plus de

quarante ans il a fait de la prose sans qu'il en sût rien, a bien des frères pour ce qui regarde le droit. « Comme de véritables *Messieurs Jourdains* du monde juridique — écrivait, avec raison, un juriste italien des plus appréciés — nous tous nous faisons continuellement du droit sans nous en douter[1]. »

Et, en effet, l'existence du droit n'apparaît évidente à la plupart des hommes que dans des moments assez solennels de leur vie : lorsqu'ils doivent signer du papier timbré, lorsqu'ils reçoivent la visite peu agréable d'un huissier, lorsqu'ils sont appelés au Palais de justice comme témoins ou comme jurés.

D'ordinaire, ils ne s'aperçoivent pas de ce grand rouage du droit, auquel ils n'ont à toucher de près qu'en certaines occasions; ils ne se doutent pas que son mécanisme subtil s'entrelace à toute leur activité sociale, en la réglant d'une façon précise; ils subissent le droit avec un *irrationabile obsequium*, ou s'ils se révoltent, parfois, contre telle institution ou telle règle juridique, ils y sont poussés par des motifs de sentiment ou d'intérêt. Mais ils ne savent voir les différents côtés de cette grande œuvre humaine, la face bienséante de la tutelle ainsi que l'autre face de la responsabilité; ils ne se posent, en somme, la question : *qu'est-ce que le droit?*

D'ailleurs, le praticien du droit, non plus, ni le spécialiste, qui s'est adonné à l'étude d'une branche particulière de cet arbre séculaire du droit, n'est pas tenu à se poser ou, au moins, à résoudre cette question :

1. POLACCO, p. 160.

quid est jus? La tâche principale — une tâche bien lourde, pourtant — du praticien se borne à l'étude des différents aspects de cette autre question : *quid juris?* — c'est-à-dire, à faire rentrer le cas particulier qu'on lui présente, dans certaine catégorie, prévue d'ordinaire par le législateur : une opération logique, qui ne diffère pas beaucoup de celle d'un mathématicien, qui — comme on dit — met en équation un problème, ou d'un médecin, qui, d'après les symptômes qu'il trouve dans l'organisme d'un patient, établit son diagnostic et prescrit tel ou tel traitement.

Le savant, qui a voué sa vie à l'étude du droit romain ou civil ou administratif, doit seulement décrire d'une façon nette ou la condition de certaine institution juridique dans une époque de l'histoire, ou l'ensemble des règles juridiques qui disciplinent aujourd'hui certains faits de la vie sociale; il doit rechercher l'origine, la raison suffisante de certaine règle de droit, ses effets, ses buts, le véritable esprit du législateur qui l'a dictée. Mais ce travail, bien que très difficile et délicat, se borne, somme toute, à démontrer la façon d'agir de certaine roue ou de certain piston, et à faire reluire et à lubrifier même des rouelles, mais ne montre pas la puissante machine du droit en mouvement, n'embrasse pas d'un seul coup d'œil sa construction et son action[1].

1. Il est superflu de remarquer que nous disons tout cela en général. Nous sommes les mille lieues loin de mettre en doute les aptitudes spéculatives de certains praticiens et de certains jurisconsultes. Nous disons seulement que leur tâche ordinaire n'est pas philosophique, sans exclure du tout qu'ils puissent s'élever, et qu'ils s'élèvent souvent, lorsqu'ils recherchent par exemple la raison intime de telle institution, à des questions de philosophie du droit.

2. Mais — comme observait M. Bierling[1] — la science et la pratique du droit positif ne peuvent remplir leur fonction sans une nette démonstration de ce que c'est le droit. Une certaine conception de la nature du droit, de l'essence et des limites de l'ordre juridique, du but de la jurisprudence est implicite dans chacune des décisions que les praticiens prennent, dans chacune des études auxquelles s'adonnent les écrivains de droit positif. Et tout en ne se souciant guère d'en explorer la profondeur, un vague sentiment juridique gît dans la conscience même du vulgaire.

Ne faudrait-il donc approfondir ces questions, que la simple connaissance des lois positives ne parvient pas à éclairer? résoudre ces problèmes marquants, qui ont une portée non seulement théorique mais sociale, vu l'influence qu'ils exercent sur maintes controverses pratiques?

Il y a une foule de ces problèmes : qu'est-ce que le droit? qu'est-ce que cet ordre juridique, dans lequel nous vivons? où en est le fondement? dans quel rapport est-il avec l'ordre moral et économique? qu'est-ce que c'est que le sujet de droit, l'objet de droit, la souveraineté, la *bona fides*, la faute, l'obligation, le délit — et quelle signification ont ces idées, qu'on trouve dans chacune des branches du droit, et, qu'on s'en aperçoive ou non, à tout pas dans la vie sociale?

L'intelligence de tout homme éclairé, de tout citoyen conscient, qui veut, non seulement subir le droit, mais en comprendre la raison, ne peut manquer d'être excitée par de pareilles questions. Elles dépas-

1. Bierling, 1, I. Theil, p. 165.

sent les bornes de toutes les sciences qui s'occupent du droit positif actuel ou historique; elles sont à la racine de l'arbre du droit, et se révèlent, parfois, non pas comme la somme, mais comme la résultante des doutes, des difficultés variées, qu'on rencontre dans chaque science juridique.

Mais n'y a-t-il pas une science qui s'en occupe, qui tâche de les résoudre? La science, qui devrait s'en occuper, est une discipline actuellement négligée dans certains pays et entourée de beaucoup de soupçons : c'est la *philosophie du droit.*

3. Sans vouloir ici même esquisser un dessin historique de cette science séculaire, ni insister sur sa condition actuelle, nous tâcherons de répondre à ces questions : quelles sont les causes de la méfiance, qui entoure la philosophie du droit, surtout de la part des juristes? cette méfiance est-elle justifiée?

Les causes de ce mépris de la philosophie du droit peuvent, selon notre avis, se réduire aux suivantes : un défaut d'érudition philosophique parmi les juristes, et l'antithèse, qu'ils croient de remarquer entre le caractère réaliste de leurs sciences et le caractère, que, pour la raison des contraires, et toute réserve faite pour la précise signification philosophique du mot, on pourrait appeler — idéaliste — de la philosophie du droit.

Un économiste de talent, M. Pareto[1], observait que les sciences se fondent primitivement sur des concepts subjectifs, plus ou moins erronés, des faits, et ne font

1. V. PARETO, p. 13.

des progrès que peu à peu, lorsqu'aux concepts elles substituent l'étude des faits, lorsqu'elles cessent d'être subjectives pour devenir objectives, lorsqu'elles deviennent, d'idéales, réelles. Et bien avant M. Pareto, Spinoza[1] raillait ces philosophes qui, ne comprenant pas la nature des choses, *nihil de rebus affirmant, sed res tantummodo imaginantur, et imaginationem pro intellectu capiunt.*

Et, pourtant, il serait absurde de nier l'existence de maintes observations positives parmi les spéculations abstraites; de nier l'identité d'origine de la philosophie du droit et des sciences juridiques; de nier que la première impulsion soit à la philosophie, soit aux sciences, doit être cherchée dans des besoins pratiques.

La douleur, ressort de toute action humaine, l'est aussi des sciences. On se demande le *comment* et le *pourquoi* des choses lorsqu'on a besoin de s'en servir pour la satisfaction de ses besoins. La primauté est à la pratique, non à la théorie. C'est pour pourvoir à des nécessités de la vie — c'est-à-dire pour ôter une douleur — que les sciences se sont formées. Comme l'astronomie naît des besoins de la navigation, la philosophie morale et sociale surgit (qu'on pense aux sophistes chinois et grecs) des nécessités de la vie politique. Et il n'est pas étonnant que, dans le champ moral, ce même besoin pratique, qui est la source de la science, fasse échanger pour des affirmations théoriques celles qui n'étaient que des aspirations pratiques; qu'il donne la couleur de *ce qui est* à *ce qui doit être* (ou que l'on veut

1. Spinoza, *Ethices*, Pars I, Appendix. *Opera*, vol. I, p. 70.

que ce soit); qu'on confonde, en somme, phénoménologie et déontologie. Qu'on se rappelle, par exemple, les affirmations des principes de liberté de conscience et de nationalité, non comme des *desiderata* qui devaient guider la législation ou la politique, mais comme des prétendues données théoriques, dérivées de la nature ou de la raison.

Sciences et philosophie — du droit, non moins que des autres branches du réel — furent, pendant des siècles, non seulement unies, mais tout à fait indifférenciées; et s'il y a un brin d'ironie contre la philosophie des Grecs dans l'éloge qu'Ulpien adresse aux juristes romains, qui, tout en ne s'élevant à la hauteur des spéculations abstraites, créaient un système juridique, *veram.... philosophiam, non simulatam affectantes* (L. 1, § 1, D. de iust. et iure, I, 1), bien après lui, dans les écoles du moyen âge, on se demande encore *ad quam partem philosophiae supponatur jus*[1].

Mais il n'est pas moins vrai que, bien qu'on trouvât même dans ces traités de philosophie morale et naturelle de nombreuses observations positives parmi les considérations métaphysiques, les sciences ne firent des progrès rapides et véritables que lorsqu'elles s'adonnèrent à une étude objective des faits sans la prétention de diriger la réalité comme une docile élève.

C'est ainsi que l'économie ne pénétra dans le cœur du réel que lorsqu'elle cessa d'être un art qui voulût viser au bonheur des peuples pour devenir une théorie des besoins des hommes et des moyens de les satis-

1. V. Tamassia.

faire ; que le droit constitutionnel ne devint une science positive que lorsqu'il abandonna la recherche de la meilleure forme d'État pour étudier les bases et les fonctions des États réellement existants ; que le droit international n'aurait jamais connu le véritable mécanisme des rapports juridiques entre les États s'il n'avait fait que du vague pacifisme, ou s'il avait oublié le différent degré de civilisation des différents peuples.

Mais, tandis que les sciences juridiques et sociales, suivant la méthode positive, recherchaient des rapports entre les faits, dont la connaissance était bien plus utile aux hommes que n'étaient les préceptes des vieilles idéologies, la philosophie du droit restait à l'écart, par crainte de manquer à sa tâche, si elle eût cessé de théoriser un idéal juridique, qui dût être de guide à l'expérience du droit.

La philosophie du droit, pour rester une spéculation d'idéaux, ne sut devenir une théorie des faits. Elle prit comme des données ceux qu'elle devait étudier comme des problèmes : à savoir, le sentiment juridique, le critère de justice, la dignité de la personnalité humaine. Sans remarquer que, dans la pensée aussi bien que dans la vie, toute position est relative[1], et partant qu'il n'y a pas de sens de postuler un point A, si on ne met ce point même en relation avec un autre point, ou, pour revenir à notre champ, que la construction d'un système de justice idéale n'a pas de sens si on n'établit pas une comparaison entre ce terme et l'autre terme, donné par le droit positif, la

1. V. Clifford, pp. 173-175 et 255-256.

philosophie juridique continuait à ériger ses systèmes, sans se soucier d'exercer une critique sur ces points de départ, qu'elle prenait comme des *absolus*. Et, pour cela, il n'y avait rien de moins solide et de plus relatif de ces absolus. Ce que Kant écrivait, dans la préface à la deuxième édition de sa *Kritik der reinen Vernunft* à propos du dogmatisme, pourrait se répéter contre ces philosophes du droit qui, tout comme les autres philosophes, procédaient dans l'exercice de leur raison spéculative « sans une critique préalable du pouvoir propre de celle-ci[1] ».

La préoccupation pratique, de donner des leçons au monde moral, qui troubla Kant lui-même dans l'élaboration de sa *Kritik der practischen Vernunft*, et dont ne se sauva que l'école hégélienne[2], qui pourtant ne sut se délivrer du préjugé de contraindre l'histoire à avérer forcément l'Idée, empêcha les philosophies qui devaient étudier le côté éthique de la conscience et de la vie — la philosophie du droit aussi bien que la morale — de s'acheminer, jusqu'aux derniers temps, par cette *route critique*, que Kant avait signalée dans le monde de la raison pure, et qu'il désirait transformer de petit sentier en route royale[3].

C'est ainsi que la philosophie du droit resta écartée du mouvement critique de la philosophie aussi bien

1. « Dogmatism ist... das dogmatische Verfahren der reinen Vernunft, ohne vorangehende Kritik ihres eigenen Vermögens. » (Kant, 1, Vorrede zur zweiten Ausgabe, p. 29.)

2. Qu'on se rappelle ce qu'écrivait Hégel dans son *Encycl. der philos. Wiss.* : « Wie der Empirismus erkennt auch die Philosophie nur das was ist; sie weiss nicht solches, was nur sein soll und somit nicht da ist. » (1, § 38, p. 65; cfr. § 514, p. 432.)

3. V. Kant, 1, p. 644 (Methodenlehre, IV Hauptst.)

que du mouvement réaliste de la jurisprudence : du premier, par la préoccupation pratique ou politique de sauver les idéaux et croyant de contribuer d'une façon efficace à les traduire en action ; de l'autre, par défaut d'observation du monde réel, qu'elle ne pouvait apercevoir s'en éloignant. Et c'est ainsi que la plupart des juristes et quelques philosophes conçurent une méfiance contre la philosophie du droit, et que, depuis bien de temps, se produisit dans cette science une crise, non moins profonde au point de vue de la philosophie qu'à celui du droit.

4. Découragés par la vanité de leurs recours à la philosophie du droit, qui ne pouvait répondre à leurs requêtes sur les lois d'évolution du droit et sur les idées fondamentales de l'ordre juridique, les sociologues et les juristes eurent l'illusion de créer des succédanés de l'ancienne philosophie du droit, en construisant une sociologie ou ethnologie juridique, et une théorie générale du droit ou jurisprudence générale.

Nous ne nous étendrons pas à exposer les programmes et les prétentions de ces deux nouvelles branches de la jurisprudence, ni les diversités entre les différentes écoles qui peuvent être réunies sous les drapeaux de ces deux disciplines. Pour le but, auquel vise cette Introduction, il nous suffit de rappeler les raisons — de contenu et de méthode — qui empêchent ces sciences de se substituer à la philosophie du droit.

Quant au contenu, on peut dire que l'ethnologie juridique, dont les recherches sur les manifestations du droit chez le plus grand nombre des peuples et les efforts en vue de déterminer les lois de l'évolution

juridique[1] peuvent rendre tant de services à la philosophie du droit[2], n'est pas capable toutefois de pénétrer dans l'analyse logique de l'idée du droit et des ressorts fondamentaux des différentes institutions, parce que, tout occupée à recueillir des faits, qu'on pourrait appeler extérieurs, des lois et des coutumes, il lui échappe, dans l'étude des manifestations très variées du droit qu'elle doit examiner, ce qu'il y a de vraiment uniforme dans tout système juridique. Et, au contraire, la jurisprudence générale, qui poursuit cette tâche, aussi très utile pour la construction ultérieure d'une philosophie du droit, de systématiser les concepts principaux du droit positif, même si par droit positif on entende non seulement le droit actuel, mais tout le droit qu'on a respecté comme loi, ne peut pas déterminer les lois de tendance de l'évolution juridique, ne peut pas s'élever à des considérations sur le droit potentiel; et, sous l'unité purement formelle des concepts qu'elle étudie, elle laisse échapper la perception des variétés de l'expérience.

Mais c'est surtout une raison de méthode, qui oblige à différencier ces deux sciences de la philosophie du droit. Car la méthode de l'ethnologie juridique est essentiellement *historique*, et celle de la jurisprudence générale est essentiellement *juridique*.

Bien que l'ethnologie juridique fasse parade, quelquefois, de recherches soi-disantes psychologiques, elle, qui est et doit être nourrie d'histoire et même de géographie, ne se nourrit pas de cette psychologie

1. V., entre les autres, le livre de MAZZARELLA. Les types sociaux et le droit. E. S.
2. V. DEL VECCHIO, 1.

qui est, comme nous le verrons, le véritable fondement de la philosophie positive du droit, et, pour cette raison, elle ne peut ni sait voir l'élément constant, l'élément humain du droit.

La jurisprudence générale, bien qu'elle ne se borne pas toujours à recueillir les données des différentes sciences juridiques, bien qu'elle s'efforce parfois à les réunir en synthèse, ne descend pas dans le sous-sol des institutions juridiques, dont elle s'arrête à décrire la surface. Elle ne pénètre pas jusqu'à la seule véritable source du droit : la conscience humaine. Faute de recherches profondes sur les bases psychologiques du droit en général et de ses différentes institutions, la jurisprudence générale tombe facilement dans le formalisme, et elle réussit à être tout au plus une dogmatique du droit. Et, pourtant, si elle satisfait aux désirs superficiels de ceux qui ne demandent qu'une unité formelle des concepts juridiques, elle ne peut pas répondre aux questions que lui adressent ceux qui voudraient d'elle la résolution du véritable problème du droit.

On le voit, si l'ethnologie juridique semble être destinée à coordonner les différentes branches *historiques* du droit, et si la jurisprudence générale peut devenir une synthèse des idées fondamentales qui se rencontrent dans toutes les branches *dogmatiques* du droit, ni l'une, science historique, ni l'autre, science juridique, ne peuvent se substituer à la philosophie du droit. Il en serait de même de leur synthèse.

5. De ce que nous venons d'observer nous pouvons tirer une première conséquence : la philosophie

du droit est une science juridique par son contenu, philosophique par sa méthode[1]. C'est-à-dire, le contenu de la philosophie du droit et celui de la jurisprudence sont identiques; ou, pour mieux dire, le contenu de la philosophie du droit est la jurisprudence, avec toutes ses branches, historiques et dogmatiques.

Mais il faut, toutefois, se garder des malentendus: lorsque nous disons que le contenu de la philosophie du droit est la jurisprudence, nous ne voulons pas signifier que l'objet de la philosophie du droit ne soit qu'un ramassis de données, mendiées par-ci par-là chez les différentes sciences juridiques, ni qu'elle doive être toujours prête, *ancilla jurisprudentiae*, à fournir toutes les explications que lui demandent les juristes. Tous les problèmes, qu'on rencontre dans la jurisprudence, ne sont pas des problèmes, dont la solution relève de la philosophie juridique. Certaines questions d'interprétation sont juridiques et non philosophiques. Et, pour cela, les juristes ne doivent pas attendre de la philosophie du droit qu'elle les débarrasse de toutes les difficultés qu'ils rencontrent dans l'étude des différents problèmes. La philosophie, vue systématique du droit dans la totalité de ses rapports, n'exerce sa critique que sur les fondements des institutions juridiques.

M. Gény, dans son beau livre *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, signalait, en passant, comme « l'une des plus délicates tâches qui incombe à la philosophie du droit », la distinction

1. V. Merkel, *Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur « positiven » Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben*, pp. 291-323.

à faire entre « les pures conceptions de l'esprit, étrangères à la réalité, matériaux de constructions tout idéales, des principes basés sur les éléments substantiels de la vie, et représentant les réalités elles-mêmes, exprimées en une forme universelle, au moyen d'opérations intellectuelles, assurément analogues, sinon identiques, aux précédentes[1] ».

Certes, si la philosophie du droit veut être en contact avec la jurisprudence et la vie du droit, elle ne doit pas se passer de ces difficultés techniques, qui résultent — nous ne voulons pas dire de la déformation — mais de l'application spéciale, faite en vue de certains buts pratiques, auxquels vise le droit, des idées, des notions fondamentales de la vie et de la pensée : qu'on fasse, par exemple, une comparaison entre l'idée de *bona fides* dans la morale et dans le droit privé (où vaut le dicton : *mala fides superveniens non nocet*), ou entre la notion philosophique de causalité et l'emploi qu'on en fait dans le droit pénal. C est, vraiment, une tâche souvent bien difficile pour la philosophie du droit de mettre en lumière et d'apprécier, par sa vue synthétique des concepts qui découlent de l'étude de la pensée, et des besoins pratiques auxquels doit satisfaire le droit, ces différences, ou, pour mieux dire, ces applications, que le droit impose à quelques idées. Mais il y aurait excès, de la part des juristes, à prétendre que la philosophie du droit se changeât en une technique juridique, et que, pour suivre dans tous leurs détails les institutions juridiques, elle perdît de vue l'ensemble du fait du droit.

1. V. GÉNY, p. 173 et note 1.

Toutes les questions juridiques — certes — remontent à des sources philosophiques; il y a même des articles de la loi positive, qui peuvent se prêter, presque mot par mot, à une exégèse philosophique aussi bien qu'à une interprétation juridique[1]; mais la philosophie, justement parce qu'elle doit étudier les *sources* du droit et de ses institutions, ne peut pas suivre ce fleuve dans toutes ses sinuosités.

Pour déterminer la position de la philosophie du droit vis-à-vis de la jurisprudence, ou, pour mieux dire, dans le système de la jurisprudence (car, si le contenu de la philosophie du droit est un contenu juridique, sa place ne sera pas en dehors du cercle qui, dans la logique des sciences, renferme les disciplines juridiques), on peut, en somme, affirmer que les *données* fondamentales du droit, c'est-à-dire des différentes sciences historiques et dogmatiques qui étudient le côté juridique de la vie humaine, constituent les *problèmes*, dont s'occupe la philosophie du droit.

Ceux, que les sciences acceptent (et ne peuvent ne pas accepter, si elles ne veulent point trahir leur but) comme des données, deviennent pour cette *scientia altior*, qui est la philosophie du droit, des problèmes, des objets sur lesquels doit s'exercer sa σκέψις,

1. Qu'on voie, par exemple, l'art. 1382 C. Napoléon (« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ») ou l'art. 1151 C. Civ. ital., qui lui correspond : voici bien de mots, et d'idées, qui se prêtent à une interprétation philosophique, ou, pour mieux dire, qui en ont besoin, pour être justement appréciés même par le droit : *fait*, *cause*, *dommage*, *oblige*, *faute*, *réparer :* on va de l'idée de causalité à l'étude des nouvelles tendances du droit à propos de la responsabilité objective.

c'est-à-dire sa réflexion critique. Et si les esprits de maints hommes, de la plupart des hommes — pourrait-on dire — ne s'élèvent pas jusqu'à cette vue plus haute et plus profonde, qui veut déceler la véritable racine des différentes institutions réglant le côté juridique de la vie humaine, qu'ils acceptent telles qu'elles sont, sans se soucier d'en discuter l'origine ni la valeur (non seulement historiques, mais intimes), les esprits les plus éclairés ne peuvent pas ne pas apprécier toute la beauté et l'utilité de ces recherches philosophiques, qui, pénétrant dans le cœur du réel, mettent en pleine lumière tout le mécanisme, dont le secret échappe aux autres, de cet aspect si important de la vie, qui est le droit. C'est pour cela que, si quelques juristes raillent la philosophie du droit parce qu'elle ne sait pas répondre aux demandes qu'ils lui adressent, parmi les juristes les plus cultivés, qui ne s'occupent pas seulement de l'application des textes de loi, mais se demandent le *pourquoi* des différentes institutions, qu'ils rencontrent à tout pas, l'ancienne méfiance a fait place à un désir, à un besoin d'aide, qu'ils pensent ne trouver — et ils ne se méprennent pas — que dans la philosophie du droit.

« Les juristes — m'écrivait, il y a quelque temps, un maître de la pensée juridique française, M. Raymond Saleilles — ont eu parfois quelque raison de se défier des constructions philosophiques parce qu'ils ont été victimes d'une fausse méthode, par trop idéaliste, et, faute d'avoir su s'adapter à la philosophie positive et réaliste de notre époque, ils se privent d'une source de richesses qui devrait cependant leur être indispensable. »

Mais tous les jours s'accroît le nombre des juristes les plus éclairés (M. Saleilles en fournit — lui-même — un exemple remarquable), qui, conformément à cette *vocation philosophique* de notre temps, qui s'est substituée, ou mieux ajoutée, à la vocation historique du siècle dernier, adressent un appel à la philosophie positive du droit, pour qu'elle les aide à résoudre les problèmes fondamentaux du droit. Et, en effet, la philosophie positive du droit, si elle veut être digne de son nom, sans cesser de donner une vision unitaire, systématique de la vie, doit pénétrer dans son cœur. Ce qui lui réussit assurément, si elle ne dédaigne pas une stricte parenté avec les sciences juridiques. Leurs données étant tirées de la vie, de la pratique du droit, la philosophie, qui considère ces données comme ses problèmes, bien loin d'être une spéculation idéologique, ne sera qu'une théorie de la pratique, une philosophie de la vie du droit.

Ainsi considérée, la philosophie du droit n'est pas quelque chose de supérieur, de superposé à la jurisprudence. Elle en est, au contraire, le noyau intime, car elle ne s'élève pas dans les nuages de l'abstraction, mais est bien à côté de la vie.

Si la philosophie, dans son ensemble, n'est plus conçue, comme elle l'était par un positivisme démodé, un résumé des différentes sciences, mais, au contraire, est considérée à la fois source et point d'arrivée de toutes les sciences, qui dérivent d'elle ses problèmes fondamentaux et l'enrichissent de leurs continuelles découvertes, de même la philosophie du droit n'est pas un abrégé des résultats des différentes sciences juridiques ni un ensemble de leurs chapitres introduc-

tifs, mais est au centre, au cœur de la jurisprudence. D'elle découlent les notions capitales des disciplines juridiques; à elle aboutissent leurs derniers résultats : sur les premiers autant que sur les seconds doit s'exercer sa critique, qui n'est qu'un reflet des problèmes, qui agitent perpétuellement la vie.

La philosophie est, donc, comme le cœur, dont dérive et auquel reflue le sang, qui entretient l'existence.

6. Mais, de quelle façon, d'après quel point de vue la philosophie du droit exercera-t-elle sa critique sur les données des sciences juridiques? Quelle différence y a-t-il entre la philosophie du droit, telle que nous l'entendons, et la jurisprudence générale, dont nous avons parlé?

Nous avons dit que la différence entre les deux est non seulement une diversité de contenu, mais aussi — et surtout — une différence de méthode. La méthode, employée par la jurisprudence générale, était une méthode juridique; celle, qui est employée par la philosophie du droit, est une méthode philosophique.

Ici, toutefois, il faut s'expliquer clairement. Dire que la méthode de la philosophie est une méthode... philosophique — bien que quelques philosophes s'arrêtent, parfois, à cette affirmation — est, assurément, un *explicare idem per idem,* c'est-à-dire n'explique rien. Nous voulons échapper à cette tautologie, qui n'éclaire point les lecteurs, et nous entendons, au contraire, préciser nos idées là-dessus, sans nous soucier des critiques auxquelles elles pourront être exposées.

Méthode philosophique — selon nous — dans la

philosophie du droit aussi bien que dans les autres branches de la philosophie (si celle-ci se prête à une division, et nous verrons que cette division n'est faite que pour des buts pratiques) ne signifie rien d'autre que méthode psychologique.

Nous n'ignorons pas que plusieurs philosophes disent : autre chose est la psychologie et autre la philosophie; autre chose l'analyse psychologique et autre la pensée philosophique. Mais, si l'objection est bien fondée contre la nouvelle psychologie des laboratoires (qui est, pourtant, très utile, mais est de la physiologie plutôt que de la psychologie), on ne peut dire la même chose quant à la psychologie intégrale, vraiment philosophique, qui est, selon nous, l'âme, la méthode de toute la philosophie.

La psychologie, telle que nous l'entendons, n'est ni la vieille psychologie rationnelle, qui considérait la conscience humaine comme si elle était divisée en plusieurs facultés de même qu'une armoire à différents tiroirs, ni la psychologie empirique ou scientifique, comme on l'appelle aujourd'hui, qui, tout en ayant tant de mérites, oublie toutefois, trop souvent, dans les recherches de laboratoire, l'intimité des faits psychiques, qui, au lieu d'être relevés avec des appareils mécaniques, doivent être étudiés par une patiente — et non moins positive — analyse introspective.

La psychologie, à laquelle nous faisons allusion, est un examen intégral de la conscience humaine. Déjà John Stuart Mill parlait d'une science qui *there is, or may be:* la *science of human nature*[1]. C'est cette science

1. V. Mill, Book VI, chapt. III, pp. 552-555.

de la nature humaine, cette psychologie très largement entendue, qui doit nous dire comment l'homme connaît, pense, aime, haït, veut, agit, — en somme, comment il vit.

Et ce n'est que la psychologie, qui puisse nous le dire. Mais — pourrait-on demander — la psychologie elle-même n'a-t-elle pas besoin de quelques postulats? de quoi surgit-elle? sur quoi se fonde-t-elle?

Certes, l'observation, l'analyse introspective ne se fait pas, elle-même, sans obéir à des règles : le procédé psychologique découle, lui aussi, qu'il s'en aperçoive ou non, d'une source et suit une certaine voie. L'étude de la conscience ne peut pas se passer du mécanisme, de la méthode de la conscience.

Si l'étude de ce mécanisme est ce qu'on appelle la logique, il est clair que la psychologie elle-même ne peut pas précéder, dans un ordre idéal de recherches, la logique, ou, en d'autres mots, que les analyses psychologiques sont réglées, elles aussi, par une méthode, qui est la méthode de la pensée, étudiée par la logique. Et c'est pour cela qu'on affirme que la logique « a une position singulière parmi les sciences philosophiques, de sorte qu'elle apparaît, en même temps, comme étant en dedans et en dehors de la philosophie... En fait, comme toute autre science philosophique, elle est en dedans et non en dehors de la philosophie; comme le miroir d'eau, qui reflète un paysage, fait, lui-même, part du paysage[1] ».

Mais, si l'on pénètre plus à fond dans cette étude de logique des sciences, on peut encore se demander

1. V. Croce, 1, p. 185.

quel critère, qui ne serait pas tiré de l'emploi de la pensée, pourrait diriger les recherches logiques et conduire à la théorie des procédés de l'intelligence. Comment — se demande le penseur, que nous venons de rappeler — les adversaires de la forme conceptuelle peuvent-ils la repousser, sinon par le moyen d'un concept[1] ? Et nous pourrons le paraphraser, en demandant : par quelle raison, qui ne soit tirée de la psychologie, affirme-t-on la priorité de la logique sur la psychologie?

Aucune science philosophique, aucune recherche critique dans le monde de la pensée, ne peut se passer de la psychologie. Ainsi, la logique elle-même est psychologie.

Il y a, évidemment, ici un cercle vicieux : on peut l'ignorer, on l'ignore souvent; on ne peut pas en sortir, car il est le véritable cercle vicieux de la pensée, et de toute science[2].

Il n'y a, peut-être, qu'un moyen de le résoudre : celui de faire une distinction entre la connaissance vulgaire et la connaissance philosophique, qui est une critique de la première, en admettant une diversité entre la logique spontanée de la pensée et la logique réflexe, doctrine scientifique qui exerce un examen analytique sur la première. Et si, pour un instant (le

1. V. Croce, 1, pp. 10-12.

2. « Le cercle vicieux de la science, écrit M. Enriques, se résout dans la constatation que le développement scientifique n'a pas de commencement, mais qu'il s'étend indéfiniment dans le passé comme dans l'avenir, que l'acquisition des connaissances ne relève pas tout entière du domaine de la conscience claire et de la volonté, mais qu'elle se prolonge dans les associations inconscientes et instinctives. » (p. 242).

but de cette Introduction ne nous permet pas de nous arrêter longuement sur ces problèmes généraux de la philosophie) nous abordons la question de la nature de cette logique spontanée de l'intelligence, nous pourrons dire que les vieux empiristes ont en commun avec les criticistes un défaut d'analyse psychologique : à savoir, l'erreur de croire que les idées soient quelque chose de simple, d'*énadique*[1], tandis que les sensations elles-mêmes, ces molécules de la pensée, auxquelles s'arrête toute recherche introspective, sont déjà quelque chose d'intégral, sont déjà des synthèses. C'est parce qu'il a imparfaitement analysé ces éléments de la pensée, peut-être, que Kant, pour expliquer la connaissance, a eu le besoin de *postuler*, à côté du contenu fourni par l'expérience, cette complexe architecture mentale, qui devrait donner la forme à ce contenu, et qu'il a dit que les concepts purs se trouvent prêts, préparés (*vorbereitet*) dans l'entendement humain, et se développent à l'occasion de l'expérience[2].

Ou l'on admet cette donnée de l'analyse introspective, que les sensations sont déjà quelque chose de complexe, tout en confessant que cette même analyse n'est qu'un résultat de recherches qui ne peuvent se passer d'une certaine méthode, qui est celle de la logique spontanée de l'intelligence humaine — ou l'on ne peut que parler d'un *à priori*, élément indispensable d'intégration pour que la connaissance soit sûre et conceptuelle, c'est-à-dire systématique. Mais on peut objecter à cette vue elle-même que sans un pos-

1. V. Ardigò, 1.
2. V. Kant, 1, p. 86 (Elementarlehre, II. Th., Transsc. Analytik, I. Abth., I. Buch).

tulat psychologique elle ne prendrait pas comme point de départ cet *à priori*, tout en le concevant comme un pur *à priori* logique, n'ayant rien à faire avec l'origine empirique de la connaissance. Mais on peut encore faire une distinction entre les façons d'entendre cet *à priori*.

Ou on l'entend dans un sens qu'on pourrait appeler intérieur, intime, c'est-à-dire comme l'échafaudage de la conscience — et alors, sans en multiplier les aspects, il suffirait de concevoir un seul *à priori*, le concept des concepts, la synthèse *à priori* — idée, qui, traduite en termes psychologiques, ne signifie rien d'autre que l'énergie potentielle de la conscience humaine, qui peut être conçue comme un fait naturel, une formation biologique supérieure; ou on entend l'*à priori* dans un sens, qu'on pourrait appeler extérieur, comme la raison, la catégorie de toute série des choses et des faits, à la connaissance de laquelle on ne parvient que par moyen de l'expérience, mais qui, logiquement, préexiste à cette expérience; et cet *à priori*, ou mieux ces *à priori* ne peuvent résister aux coups d'une critique conséquente, qui démontre que le réel n'est, pour la conscience humaine, qu'un produit de l'expérience, et que ces prétendues catégories ne sont que les rythmes de la connaissance humaine de ce réel.

Certes, le point de vue gnoséologique, ou, pourrait-on-dire, architectural de la connaissance, n'est pas le point de vue génétique de la connaissance même. Mais si la construction logique se fait par un procédé différent de l'analyse génétique, l'une ne peut — au moins — être en contradiction avec les résultats de

l'autre, toute réserve faite quant au cercle vicieux de la connaissance, qui semble être son caractère ineffaçable; et l'une aussi bien que l'autre sont des procédés qui rentrent dans le champ de la psychologie, si on l'entend — comme nous l'avons entendue — d'une façon large et intégrale.

Ainsi, la psychologie nous apparaît, mieux que comme une science particulière, comme le ressort, comme la méthode de toute la philosophie.

Considérer philosophiquement un problème signifie le traduire en termes psychologiques; discuter ses données fondamentales dans leur dérivation des lois de l'intelligence; apprécier sa portée et sa valeur pour la conscience humaine.

Si la connaissance vulgaire n'est qu'un emploi inconscient des procédés de l'intelligence, et si la connaissance scientifique n'est qu'une application de ces procédés, considérés — pourrait-on dire — *a parte objecti*, une étude objective des faits; la connaissance philosophique, qui est avant tout une critique de l'une et de l'autre, est une appréciation de tous les problèmes *a parte subjecti*, une discussion, au point de vue de la constitution et des procédés de la conscience, des données et des résultats de toutes les énergies de la pensée et de la vie.

On ne peut connaître qu'en employant la méthode — spontanée — de la connaissance. Et on ne peut faire de la philosophie qu'à travers l'esprit humain et ses lois. L'étude de celui-là, la détermination de celles-ci constituent — précisément — l'objet de la psychologie. Il ne peut donc faire autre chose que de la psychologie aussi ce philosophe, qui croit s'en passer. Et,

encore, faut-il dire qu'il n'y a aucun problème, qui, au moins dans ses données fondamentales, n'appartienne à la philosophie; et il n'y a aucun problème qui ne soit qu'une question philosophique. En d'autres termes, nous voulons dire que la philosophie n'est qu'une façon spéciale de considérer les différents problèmes. Tous les problèmes de la vie et de la pensée sont susceptibles d'être considérés philosophiquement, c'est-à-dire examinés au point de vue de leur dérivation des lois de l'esprit et de leur valeur pour la conscience humaine.

Entendue selon nos idées, donc, la philosophie n'est qu'*humanisme*. Il n'y a qu'une autre activité de l'esprit, qui soit humaniste aussi bien que la philosophie : et c'est la conception religieuse. La philosophie comme la religion étudie tous les problèmes dans leurs rapports avec la conscience humaine. Mais la première s'arrête au réel connu ou connaissable, et, répétant le dicton de Protagoras — *πάντων Χρημάτων μέτρον ἄνδρωπον εἶναι* — qui doit être interprété d'une façon universelle[1], et qui est au moins sous-entendu dans tout système philosophique, fait l'homme mesure de toutes les choses, sans, pour cela, retomber dans l'ancienne erreur anthropocentrique, car, tout en comprenant que la conscience humaine reflète l'univers, elle replace cette conscience dans le courant éternel de la vie de l'univers. La religion, au contraire, au delà du connu et du connaissable, *postule* un noyau inconnaissable de l'univers. Plus conséquente — croyons-nous — est la première,

1. V. Levi, 1.

qui proclame la souveraineté de la conscience humaine.

La philosophie est donc une connaissance humaniste du réel; elle est une comme est une la conscience humaine dont elle dérive, comme est un le réel qu'elle étudie.

Ce n'est que pour des exigences pratiques qu'on distingue diverses branches de la philosophie; mais il n'y a pas — en cela, M. Croce a bien raison[1] — une philosophie générale et des sciences philosophiques spéciales.

La première est ces deuxièmes; ces deuxièmes sont la première. Il n'y a qu'une façon spéciale, la façon philosophique, de considérer les différents problèmes. Ainsi, la philosophie pourra s'appeler gnoséologie, lorsqu'elle étudiera les fondements de la connaissance, et s'appellera logique lorsqu'elle examinera le mécanisme de la raison. Mais elle sera une, la philosophie, comme la lumière solaire, qui ne perd pas son unité, lorsqu'elle est décomposée à travers un prisme.

La philosophie ne pourra non plus être divisée, sinon pour commodité d'étude, en deux grandes sections, philosophie théorique et pratique[2]. Si elle doit être un examen intégral et systématique de la conscience humaine, elle doit l'étudier dans tous ses aspects, dans toutes ses énergies, lorsqu'elle réfléchit et lorsqu'elle détermine l'action.

Il y a bien des éléments et bien des suggestions pratiques dans toute connaissance théorique; comme

1. V. Croce, 1, p. 192.

2. V. nos réserves sur cette locution ci-après, et particulièrement dans les paragraphes suivants.

nous avons vu, les sciences ne surgissent que pour satisfaire à des besoins pratiques; et, d'ailleurs, toute action pratique présuppose des données théoriques. Il n'y a donc pas une solution de continuité entre la théorie et la pratique; mais, au contraire, elles sont strictement liées dans l'unité de la vie. Et la philosophie, qui est une vue intégrale de cette unité, ne doit pas l'oublier.

La philosophie ne pourrait pas accomplir sa tâche, ne pourrait pas avoir une vision complète de la vie, si elle négligeait d'exercer sa critique sur le droit, qui est un côté si important de la vie. Si la philosophie est unité, la philosophie du droit ne peut être considérée comme une branche spéciale des études philosophiques que pour des nécessités pratiques imposées par la division du travail scientifique. Mais elle emploie la même méthode — la méthode psychologique — que toutes les autres disciplines, qui rentrent dans le cadre de la philosophie.

Ce cadre est unitaire. Et ce n'est que par les dites nécessités pratiques qu'on le divise en deux parties — l'une visant plutôt à l'énergie spéculative, *théorique,* de l'homme; l'autre, ayant pour but l'étude des raisons intimes de la vie *pratique.*

Le droit rentre, évidemment, dans cette dernière. La philosophie juridique sera donc une des études qui se proposent pour but la réflexion critique sur un des aspects de la vie pratique.

Le contenu de la philosophie du droit, comme nous avons vu, est identique à celui de la jurisprudence, ou, pour mieux dire, est la jurisprudence. La philosophie, vue systématique, unitaire de la vie, ne peut pas s'en

passer : elle doit exercer son examen sur cet objet, et, lorsqu'elle accomplit ces analyses, elle s'appelle philosophie du droit.

La philosophie du droit, donc, qui rentre dans le système de la jurisprudence, rentre aussi dans le système de la philosophie, n'étant qu'un examen psychologique de ce côté de la vie pratique, qui est le droit.

7. La pratique, l'action n'est pas analytique; elle est synthétique. C'est-à-dire que, bien qu'elle soit fondée — comme nous avons vu — sur des données théoriques, ces données sont presque toujours implicites plutôt qu'explicites dans toute détermination à agir, laquelle détermination ou n'est précédée d'habitude que par un abrégé de ces données, ou en néglige quelques-unes, découlant seulement d'une de ces sources et non de l'union de celles-ci.

Cela n'empêche pas la science de décomposer la pratique, l'action, la vie humaine dans ses différents aspects et dans les données, qu'elle présuppose.

Si nos actions suivent la ligne du moindre effort — c'est-à-dire si elles sont déterminées par l'idée, qui, dans le moment qui précède, est la dominatrice de notre conscience — on peut toutefois, avec l'analyse mentale, parvenir à distinguer trois demandes, qui précèdent ou peuvent précéder toute détermination pratique, toute action : est-ce que je *désire*, est-ce que je *peux*, est-ce que je *dois* l'accomplir? C'est-à-dire : l'action est-elle *utile, licite, obligatoire?* Même si ces questions s'entrelacent dans la réalité, même si l'une ou l'autre est parfois oubliée dans l'immédiateté de la

détermination et de l'action, la vie humaine, regardée de son côté pratique, ne remonte pas moins à ces trois facteurs, qui sont trois différents aspects de la conscience de l'homme, vivant dans la société de ses semblables : *intérêt, droit, devoir.*

Kant, comme tout le monde le sait, considérait comme hétéronomiques tous les principes, qui ne proposaient pas comme but des actions la réalisation pure et simple de la loi morale [1] : mais on peut s'associer à ces auteurs, qui considèrent toute action désintéressée, employant ce mot dans un sens non moins pratique qu'intellectuel — une action dépotentiée, pour ainsi dire, de tout motif — comme un véritable monstre psychologique [2].

On dit, encore, qu'il n'y a que deux espèces fondamentales d'évaluation des actions humaines : les catégories éthiques de la *morale* et du *droit*, l'une nous disant si le sujet *doive* accomplir ou ne pas accomplir une certaine action, l'autre si le sujet *puisse* l'accomplir. Le critère moral est un choix entre des actions physiquement possibles, qui impose l'accomplissement d'une d'elles et l'omission de toutes les autres; le critère juridique est un critère de corrélation objective entre l'action d'un sujet et celle des autres sujets, et éclaire l'empêchement qui s'oppose à l'accomplissement de quelques-unes d'elles [3]. Mais il est bien sûr que, même avant ces critères (la priorité est, au moins, une priorité logique), à la conscience humaine se pré-

1. V. Kant, 2 (Qu'on voie Lehrsatz IV, I. Th., I. Buch, I. Hauptst., pp. 39-40).
2. V. Croce, 2, p. 284.
3. V. Del Vecchio, 2, pp. 60-64.

sente un autre critère : le critère *économique*, c'est-à-dire le critère de l'utilité subjective, de l'*ophélimité* (pour employer, mais dans un sens encore plus large, un mot de M. Pareto[1]) de l'action. Encore avant de se demander si une action est licite et obligatoire, on se pose la question si elle est *utile*, c'est-à-dire, quel bien, quelle utilité représente pour le sujet cette action, en n'entendant pas l'utilité seulement comme une utilité matérielle. En d'autres mots, l'on se demande : cette action satisfera-t-elle à un de mes besoins? Or ce critère, qui découle des raisons les plus intimes de la vie, et qui est, non moins des deux autres critères — moral et juridique — un critère de choix entre différentes possibilités d'agir, s'il ne rentre pas parmi les critères éthiques, qui ne seraient que les deux précédents selon l'auteur que nous venons de rappeler, rentre, toutefois, dans la conscience humaine, dans la réalité psychologique — et, pour cela, ne peut pas être négligé par la philosophie.

Un auteur récent, M. Croce[2], en fait même l'un des deux seuls aspects de la philosophie de la pratique, qui ne serait qu'économie et morale, en négligeant le droit, ou, pour mieux dire, en réduisant celui-ci à économie. Nous aurons l'occasion, dans le chapitre II, de revenir sur ce point et de le remettre en discussion; ici, il nous suffit d'affirmer que, comme on ne peut pas retrancher d'une philosophie intégrale de la vie pratique l'économie, on ne peut, non plus, en retrancher le droit; il constitue — pourrait-on dire —

1. V. Pareto, p. 157.

2. V. Croce, **2**, Parte II, Sezione I, et Parte III, partic. I et V. **3**, partic. II.

la médiation entre l'économie et la morale, et le véritable cachet de la vie sociale, le critère juridique étant quelque chose plus qu'un critère purement individuel, comme voudrait M. Croce, car il se révèle — tout au contraire — comme le reflet de la coexistence sociale dans la conscience individuelle.

Ainsi, en admettant le critère économique à côté des deux autres critères, juridique et moral, nous revenons, mais par une autre voie, à l'ancienne partition de la philosophie pratique en : économie, droit, morale[1].

Nous y revenons — disons-nous — par une autre voie, en étudiant plutôt le côté intérieur, psychologique de ces aspects de la vie humaine, que son côté extérieur. Et nous attribuons non moins un autre contenu et une autre méthode à ces trois sciences, qu'une autre tâche à la discipline synthétique, à laquelle elles remontent, qui n'est plus appelée par nous *philosophie pratique*, mais *philosophie de la vie pratique.*

La question fondamentale, relative à la méthode et au but, implicite dans ces derniers mots, sera discutée dans le prochain paragraphe.

Ici, il nous reste encore à dire quelque chose sur l'économie, le droit, la morale.

Ces sciences, considérées *a parte subjecti*, se révèlent comme des sciences *psychologiques*[2], et pour cela elles rentrent dans le système de la philosophie, dont elles

1. V. Levi, 2.
2. Pour la signification de ce mot, v. le paragraphe précédent.

ne sont que des branches. Mais les côtés économique, juridique, moral de la vie pratique — tout en dérivant, pour ainsi dire, de sources psychologiques (ce qui s'explique facilement, si l'on pense que c'est toujours de la vie humaine qu'il s'agit) — peuvent être étudiés aussi d'un autre aspect; pour ainsi dire, *a parte objecti*. Non seulement, donc, dans les raisons intimes, qui ne peuvent être cherchées que dans la conscience humaine, mais aussi dans les différents aspects que prennent, dans la vie extérieure, les séries de faits qui remontent à ces causes. Économie, droit, morale ne sont que des aspects des faits humains. Tous ces faits peuvent être étudiés selon ces différents points de vue. Mais la grande variété et complication des recherches, auxquelles peut donner lieu l'étude de ces différents aspects des faits humains — selon qu'on considère l'homme isolé ou associé, l'individu humain ou les collectivités sous leurs diverses formes, les différents rapports entre les hommes et les rapports entre l'homme et une puissance réputée surnaturelle qui impose des devoirs moraux — créent, en corrélation avec ces sciences philosophiques qui étudient le côté intime de l'économie, du droit, de la morale, des véritables encyclopédies de sciences, qui en étudient le côté extérieur. Et voici qu'à l'économie comme science philosophique, ou philosophie économique, fait pendant une véritable encyclopédie de sciences économiques, étudiant tout le mécanisme des rapports qui tâchent de satisfaire aux besoins humains — toutes les sciences technologiques, commerciales, financières. Et à la philosophie juridique fait pendant la jurisprudence, encyclopédie de sciences juridiques et politiques, dog-

matiques et historiques[1]. Et, enfin, à la philosophie morale, qui n'est qu'une psychologie de la moralité, fait pendant une autre encyclopédie de sciences étudiant les croyances et les coutumes, les religions et les traditions, les liens sociaux et les obligations éthiques qui en dérivent.

Si quelques-unes de ces différentes disciplines s'entrelacent entre elles par leur objet, ou s'il y en a qui ne peuvent être constituées sans les aides, puisées dans d'autres, cela s'explique aisément, car tout se tient dans la vie comme dans la conscience; et si, pour remplir le cadre de ces sciences, il fallait en créer de nouvelles à côté de celles qui vivent déjà, en suivant l'exemple de la table des *desiderata* scientifiques dressée, à son temps, par Bacon; et si, enfin, la philosophie juridique et la philosophie morale existent, mais doivent, selon notre avis, être réformées (et de la philosophie économique on n'a jusqu'à présent que quelque essai), tout cela ne peut pas nous empêcher de conclure de ce qui précède que l'étude des côtés économique, juridique et moral de la vie donne lieu à de véritables encyclopédies de sciences et que chacun de ces groupes, chacune de ces encyclopédies dérive son origine et enrichit de ses contributions toujours nouvelles une *scientia altior*, une science philosophique, qui étudie l'aspect intérieur, psychologique de ces faits ou, pour mieux dire, de ces séries de faits : la philosophie économique, la philosophie juridique, la philosophie morale. La philosophie juridique, qui depuis bien de temps est considérée comme sœur de la

1. V. Brugi, 1, pp. 197-216.

morale, voit, par ce qui précède, éclairée sa parenté avec une autre discipline : l'économie.

Mais — comme disait Cicéron — « omnes artes, quæ ad humanitatem pertinent, habent quoddam commune vinculum et quasi cognatione quadam inter se continentur[1] ».

N'y a-t-il pas une autre science, qui représente ce *commune vinculum* entre les différentes sciences et philosophies, qui étudient le côté pratique de la vie humaine? Un nom bourdonne, sans doute, aux oreilles de mes lecteurs : la sociologie. En effet, croyons-nous, c'est à la sociologie, science philosophique, qu'appartient l'étude des liens entre les différents aspects de la vie pratique et des sciences qui l'étudient.

Sans refaire, et même sans résumer, les discussions interminables sur l'existence, le contenu, le but de la sociologie et sur ses rapports avec les différentes sciences et — comme on dit — philosophies particulières, je me bornerai à rappeler ce que disait M. Petrone dans une remarquable discussion sur la sociologie, qui a eu lieu à l'Académie de Naples. M. Petrone[2], en répondant à quelques objections soulevées par un essai précédent, qu'il avait lu à la même Académie, sur — ou, mieux, *contre* — la sociologie comme science autonome, disait que, déniant à la sociologie la valeur de science autonome, il pensait à la signification précise du mot *science*. Mais il ne déniait pas une cognition *philosophique* des données des sciences sociales concrètes, et justement pour cela

1. Cicéron, *pro A. Licinio Archia poëta oratio*. Cap. 1, § 2, p. 375.
2. V. Petrone, 1.

soutenait-il que la sociologie ne peut pas exister, mais doit se fondre logiquement dans la philosophie de l'esprit. « Entre notre intelligence et les sciences sociales concrètes, il n'y a pas le vide ou l'immédiateté; il y a la *synthèse philosophique.* » Et il disait que dénier l'existence de la sociologie comme science et proclamer son élision logique dans la philosophie est faire hommage à la socialité, la réaffirmer, l'élever spirituellement, en démontrant que « l'esprit qu'on dit individuel est la conscience de soi-même de l'esprit qu'on dit social ». La sociologie, donc, n'est et ne peut être qu'un équivalent de la philosophie, qui doit comprendre la vision des rapports de la société.

Tout en partant de différentes prémisses, nous tombons d'accord avec M. Petrone en cela, que la sociologie n'est pas même pour nous une discipline scientifique, dans le sens précis — *objectif,* pourrait-on dire — du mot, mais est une science philosophique, une branche de la philosophie, ou, encore mieux, si l'on se souvient de ce que nous disions contre la division de la connaissance philosophique, qui est une, n'est que la méditation philosophique, appliquée à l'étude de la vie pratique — pour tout dire, est la *philosophie de la vie pratique.*

On fera de la sociologie, entendue dans ce sens, même en faisant de la philosophie économique ou juridique, en étudiant, donc, l'un ou l'autre côté de la vie pratique; de même qu'on fait de la psychologie, entendue dans le sens très large dont nous avons parlé, en faisant de la logique ou de la gnoséologie. Mais la sociologie, ou philosophie de la vie pratique, a une autre tâche à accomplir : celle d'étudier l'interdé-

pendance des faits sociaux, ou, pour mieux dire, les rapports entre les différents côtés — économique, juridique, moral — de la vie sociale et de la conscience humaine. Tandis que les groupes des sciences sociales décomposent, pour la nécessité des recherches analytiques, l'unité de la vie et de la conscience, dont ces sciences mêmes et les disciplines philosophiques qui les couronnent, ne peuvent et ne doivent prendre en considération qu'un côté; tandis, donc, que ces sciences et ces philosophies ne voient qu'un *homo oeconomicus*, ou *juridicus*, ou *moralis*, la sociologie recompose l'unité de la société et de la conscience, synthétise ces recherches analytiques, et étudie, à travers les lois de l'esprit, la vie, toute la vie pratique de l'homme.

D'un seul fait dérivent, un seul fait étudient toutes les sciences philosophiques : la vie de l'homme sur la terre,

l'aiuola che ci fa tanto feroci.

D'autres sciences étudient la place de notre planète dans l'univers, sa composition, son origine, ses différentes zones; et d'autres sciences encore les conditions physiques de la vie : les unes aboutissent à la *cosmologie*, les autres à la *biologie*, ou, si l'on se limite à l'humanité, à l'*anthropologie;* et les unes et les autres avec leurs données sur la place de notre planète dans l'univers et sur les conditions de la vie sur la terre, apportent des éléments d'intégration indispensables à la connaissance philosophique, à l'*allgemeine Welt- und Lebensanschauung*. Cela a été si bien compris par maints philosophes, qu'ils firent sou-

vent aussi de la cosmologie ou de l'anthropologie.

Mais si la cosmologie et la biologie ne peuvent pas être négligées dans une conception philosophique, elles ne sont pas — à notre avis — des sciences philosophiques. Bien que les rapports soient étroits entre toutes les sciences, dont aucune ne peut être isolée, il faut se garder de confondre la méthode et la place de l'une et de l'autre : une vision claire est une appréciation aussi bien des relations que des limites et des différences entre les diverses sciences. Pour cela, nous nous opposons non moins à l'inclusion de la cosmologie et de la biologie dans le cadre des sciences philosophiques[1] qu'à la conception de la sociologie comme une discipline scientifique, et non philosophique, qui, oubliant le caractère spécial des faits humains qu'elle doit étudier, ne fût qu'une imitation de la biologie ou une application de ses méthodes à l'étude de la société.

Philosophie — répétons-le — est humanisme, c'est-à-dire est psychologie. Elle est psychologie, même lorsqu'elle devient sociologie, car, selon les paroles profondes de Vico, « *questo Mondo Civile egli certamente è stato* fatto dagli uomini : onde se ne possono, perchè se ne debbono, ritrovare *i Principj dentro le modificazioni della nostra medesima mente umana.*[2] »

1. Par conséquent, croyons-nous, si on peut faire de la *philosophie de la science* (qui n'est, en somme, que de la psychologie, logique ou gnoséologie) on ne peut pas faire une *philosophie de la nature*, qui ait un véritable caractère philosophique. La soi-disant *philosophie de la nature* n'est qu'une *science* de la nature.

2. Vico, *Principj di scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni* secondo la terza impressione del 1744. Libro I, de principj. *Opere*, V, p. 136.

8. Nous avons parlé, plusieurs fois, d'une philosophie de la vie pratique, et non, selon la tradition, d'une philosophie pratique.

Notre expression a une valeur polémique : elle veut marquer une réaction contre un ancien préjugé, qui a apporté aussi bien de dommages à la philosophie du droit. C'est à lutter contre ce préjugé — d'attribuer une fonction pratique, *normative* à la philosophie dans ses différentes branches — que nous consacrons le dernier paragraphe de cette Introduction.

A ce propos, nous nous associons de tout cœur à M. Croce, lorsqu'il écrit : « la *Philosophie de la pratique* ne peut pas être *philosophie pratique;* et, s'il a semblé qu'elle constituât une exception entre toutes les philosophies et, elle au moins, dût conserver une fonction pratique et normative, cela est advenu par un équivoque de mots très ingénu et très glissant[1]. » Nous le disons franchement, car celle-ci est une conviction profonde, qui s'enracine en nous, plus nous étudions et pensons, et tout en sachant d'aller contre un courant : aucune philosophie, aucune science n'a une fonction pratique, c'est-à-dire normative.

Science est théorie, c'est-à-dire pure recherche de lois, de rapports entre les faits. La différence entre la philosophie — conçue selon l'esprit positif — et les autres sciences, repose en dernière analyse, seulement sur cela : que la philosophie introduit dans le mécanisme du réel, l'étude des actions et réactions qui se produisent dans la conscience humaine. Mais ce n'est qu'à des lois du réel, y compris la conscience humaine

1. Croce, **2**, p. 35.

qui en est le miroir, que la philosophie elle-même peut aboutir, si elle ne veut point abandonner le terrain solide de l'expérience, c'est-à-dire de la vie.

Toute science n'est — et, si elle veut être conséquente à son véritable esprit, à sa méthode, à son but, ne peut être — qu'une détermination de lois, de moyens nécessaires pour atteindre tel résultat.

Mais toutes les sciences, y compris l'éthique, ne sont — au point de vue pratique — ni morales, ni immorales : elles sont amorales. Ce qui ne signifie que cela : que science est théorie, et n'est pas action pratique. Le savant ne doit penser, ne doit viser — lorsqu'il fait de la théorie — qu'à des buts théoriques. La nécessité logique des sciences, qui *oblige* à tirer certaines conséquences des données qu'on a posées ou observées, est, d'ailleurs, une nécessité qu'on pourrait appeler morale. La morale des sciences est la logique.

Et deux grands préceptes moraux découlent de l'étude de toute science : d'abord, l'enseignement de la dignité de cette œuvre humaine, qui vise à la connaissance du réel; et ensuite, le respect pour ce courage théorique de procéder de certaines prémisses à certaines conséquences, qui peut paraître même plus noble, plus humain, parce qu'il est plus conscient, que le courage pratique, qui souvent ne dérive que d'une impulsion physique. A ce courage théorique, à cette haute moralité de la science, faisait allusion Kant, lorsqu'il disait : « Être d'accord avec lui-même, voilà la plus grande obligation d'un philosophe[1]. »

1. Kant, 2, p. 28 (I. Th., I. Buch, I. Hauptst., Lehrsatz II, Anmerkung I).

Les lois scientifiques, qui sont des propositions accomplies au point de vue théorique — si vous agissez de telle façon, vous atteindrez ce résultat — vis-à-vis de la vie, au point de vue pratique, ne sont que des propositions elliptiques. Même en admettant — en effet — que toutes les lois scientifiques puissent être traduites en préceptes de la vie pratique, ce ne sont que des préceptes, pour ainsi dire, *conditionnels*, qu'on n'observe que *si* on veut atteindre un certain but. C'est en ce monosyllabe, en cette conjonction *si* que réside la différence entre la théorie — qui est logiquement accomplie, lorsqu'elle parvient à la détermination des lois du réel — et la vie pratique, qui est aussi un terrible système de logique appliquée, réglée par des actions et réactions, qui sont ses prémisses et ses conséquences.

La morale, conçue comme science, c'est-à-dire comme une psychologie de la moralité, n'est en rien plus pratique qu'aucune autre science. Tel est, par exemple, le cas de cette morale physique, pour ainsi dire, qui est l'hygiène. L'hygiène, cette science qui étudie les moyens de la conservation de la santé humaine, ne peut être qu'un système d'observations : il paraît que ce but de la conservation de la santé dût être apprécié par tout homme; mais, soit ignorance ou soit imprévoyance humaine, le fait est qu'il y a maints préceptes, dans lesquels sont condensées, pour ainsi dire, des observations de l'hygiène, qui, pour être observés, doivent être accompagnés par des sanctions pénales.

Pour qu'une action soit accomplie, il faut qu'il y ait un *intérêt*. Or, sans exclure l'unité de la conscience,

et sans contester les rapports mutuels entre le sentiment et la raison, on peut dire que la science, étant pure théorie, ne peut parler qu'à la raison, tandis que c'est au sentiment qu'il faut parler si l'on veut produire une action, guider la vie pratique. Les préceptes, pour être efficaces, doivent s'adresser au sentiment. Pour agir sur la vie pratique, il faut ne point s'en éloigner; il faut, au contraire, être dans son cœur. Il faut, en d'autres mots, susciter l'intérêt pour telle action ou telle conduite, car, au contraire de ce qu'enseignait Kant, point d'action, pas même morale, sans intérêt, sans propension. Mais susciter cet intérêt, créer ce penchant, propager une persuasion, une suggestion, est affaire pratique, et non point scientifique; est art, non théorie : c'est l'affaire de la religion, de la politique, de la pédagogie.

Certes on peut faire même la théorie de la persuasion, l'étude des moyens pour atteindre le but de provoquer un intérêt à agir, du moindre effort pour imposer certaines convictions, de la ligne de moindre résistance pour atteindre un certain résultat. Mais celle-ci, qui est théorie, — étude, comme on vient de le voir, de *moyen à but* — est de la psychologie, et rien d'autre.

Il est encore sûr que c'est dans la société, qui a le besoin de produire des hommes qui agissent conformément à sa conservation, qui a la tendance à produire le *conformisme* de ses membres, que la pédagogie trouve les persuasions qu'elle doit imposer. La pédagogie, donc, comme discipline scientifique, comme théorie, n'est que l'étude des moyens, qu'elle puise dans l'observation de la conscience humaine,

pour atteindre le résultat ou de former l'intelligence (pédagogie intellectuelle) ou de former le caractère (pédagogie morale, ou éthologie). Comme discipline scientifique, qui a un but spécial — le but de l'instruction ou de l'éducation — elle est une médiation entre la psychologie, dont elle dérive l'étude de la conscience humaine source unique des moyens qu'elle doit employer pour atteindre son résultat, et de la sociologie, dont elle dérive soit l'indication du genre d'instruction qu'elle doit préparer, soit des résultats auxquels elle doit viser dans la formation du caractère..

Mais si elle est encore une discipline scientifique, lorsqu'elle reste dans ces frontières (théorie de la pédagogie), quand elle se transforme en application pratique, quand elle est non plus enseignée, mais pratiquée par les maîtres d'école ou par les parents, elle n'est qu'un art, l'art de la suggestion, de la persuasion, de la communication d'idées et de convictions.

Alors, elle devient — en entendant ce mot dans sa signification la plus étendue — *propagande*. Une propagande, qui, somme toute, ne diffère que par son contenu (ou, mieux, par une partie de son contenu) de celle de la religion ou de la politique. En effet, la pédagogie appliquée aussi bien que la religion et la politique, considérées — elles aussi — de leur côté pratique, ne sont qu'une œuvre de suggestion, de persuasion pour exciter l'*intérêt* autour de certaines questions, de certains buts. La politique parle au sentiment comme la religion; car ce n'est qu'en influant sur le sentiment qu'on peut obtenir l'intérêt, et, par moyen de celui-ci, l'action.

Il n'y a toutefois pas à se méprendre sur cette distinction, que nous faisons entre la théorie et l'action, entre la science et la vie. Il n'y a pas un *hiatus* entre les deux. Il s'agit d'une division du travail, et non point d'une séparation nette, absolue entre l'une et l'autre. Au contraire : nous avons déjà remarqué, au commencement de cette Introduction, que les sciences elles-mêmes ne surgissent que pour pourvoir à des besoins pratiques, que c'est la douleur, qui est dans la vie, le ressort de toute science. Il faut qu'il y ait un *intérêt* même pour qu'on s'occupe des problèmes théoriques : sans cet intérêt point de science. C'est la vie qui impose ses problèmes à la science, et la solution de ces problèmes ne peut ne pas influencer la vie. Mais c'est justement en éclairant les rapports entre la science et la vie, entre la théorie et l'action, qu'on renforce ces mêmes rapports.

Nous avons déjà vu que, dans leurs premières périodes, les sciences et les philosophies donnaient pour des conclusions théoriques celles qui n'étaient que des idéaux pratiques. Mais, au point de vue de la théorie, c'était l'effet d'un défaut de critique sur les données et la méthode des sciences et des philosophies. Et si ces sciences, et ces philosophies, au point de vue de la pratique, avaient néanmoins de l'efficace, exerçaient une réelle influence sur l'action, on l'explique en considérant que ces disciplines, lorsqu'elles procédaient ainsi, n'étaient plus des théories, mais donnaient lieu à une propagande. En d'autres mots, ces idéaux ne triomphaient pas parce qu'ils étaient peints comme des résultats scientifiques, mais parce que les appels, dans lesquels on les traduisait, trou-

vaient un écho dans les consciences, dans la vie.

Aujourd'hui cette propagande, qui transforme les sciences en arts, les théories en actions, serait inutile et dangereuse. Inutile, car dans les régimes modernes de liberté, l'opinion publique (puisqu'en dernière analyse c'est dans celle-ci que les philosophies — nous pensons surtout à la philosophie du droit — puisaient leurs idéaux) a trouvé d'autres expressions, plus rapides et plus puissantes que les traités scientifiques. Dangereuse, car elle diminuerait la valeur de la science et de sa méthode, éclairées par la critique moderne, et abaisserait même la portée de ces conclusions, qui dérivent d'une étude objective des faits, sans aucune préoccupation pratique.

Nous ne voulons point dire, avec cela, que le savant doive se renfermer dans une *turris eburnea*, loin des suggestions et des batailles de la vie. Le savant est et doit rester un homme. Il doit, non seulement observer, mais participer aux luttes de la vie. Le contact entre les sciences sociales et la politique, par exemple, sera avantageux pour les unes et pour l'autre : pour les premières, parce que sans une connaissance intime de la vie politique, elles ne pourront pas atteindre cette pleine expérience, sans laquelle il n'y a une théorie large et complète; pour la seconde, parce qu'elle ne pourra que profiter des données théoriques des sciences, quand ces données ne soient puisées dans les régions stellaires de la pure raison, mais dans le terrain ensanglanté de la vie. Mais, rentré dans son cabinet, le savant, lorsqu'il fait de la théorie, ne doit pas faire de la propagande. Déjà trop de préjugés, trop de suggestions troublent la sérénité de la science pour qu'elle

ne doive pas être sur ses gardes pour ne pas tomber dans les pièges que lui tend le sentiment.

La philosophie du droit a été bourgeoise ou socialiste, étatiste ou individualiste : elle est devenue tout cela, lorsqu'elle était une peinture d'idéaux; car les idéaux ne peuvent ne pas se colorer des couleurs du sentiment. La philosophie du droit, de même que toute autre science, n'est qu'une théorie des faits; une « reine Theorie von dem was ist, nicht eine Anweisung zu dem was sein sollte », dit Adolf Lasson[1]. Un seul idéal doit briller à la conscience du savant, lorsqu'il fait œuvre de science : la vérité. La science ne tire de la moralité qu'un seul enseignement : celui d'être conséquente à soi-même, dans la détermination des lois du réel.

Mais si nous nous opposons à ceux qui prêchent la fonction morale ou normative des sciences, nous nous opposons, avec non moins de chaleur, à ceux qui, abaissant singulièrement la valeur de la science, la conçoivent comme un pur amusement de la pensée[2].

C'est contre l'idée de loi que dirigent leurs attaques tous les anarchistes de la pensée. Mais la science serait un jeu stérile si elle ne pouvait déterminer des lois, et la continuité entre la science et la vie serait violemment ébranlée si la science ne voyait pas au delà du simple fait, si elle s'arrêtait à l'observer sans l'inter-

1. Lasson, p. 12.

2. « Scientia — écrit Bacon — non sit tanquam scortum, ad voluptatem, aut tanquam ancilla, ad quaestum; sed tanquam sponsa, ad generationem, fructum, atque solatium honestum. » (*De Dignitate et Augmentis scientiarum.*, Liber I. *Philos: Works*, vol. I, p. 463).

préter. La science ne serait plus qu'empirisme, si elle ne parvenait à l'interprétation des faits, à la détermination des lois. Les idées, présentées dans une forme captivante (et par cela même plus dangereuse) des anarchistes intellectuels dérivent d'une analyse psychologique imparfaite. Les subtilisateurs de l'expérience mentale ne s'aperçoivent pas que les sensations, comme nous avons vu, sont déjà quelque chose d'intégral, et que par cela tout fait rentre, pour l'intelligence humaine (et nul fait n'existe sans la pensée qui le relève) dans une catégorie; ou, mieux, fournit un élément pour un rythme, une donnée pour un jugement.

Toute sensation, fait élémentaire de la pensée, est déjà, potentiellement, une loi, car elle n'est qu'un élément de ces concepts qui forment le tissu des sciences, systèmes de jugements, qui ne sont que thésaurisation d'expériences passées et prévision d'expériences futures.

Ce n'est donc pas contre les lois de la science que nous combattons lorsque nous nions une tâche pratique des sciences et des philosophies. Au contraire, nous dénions la *tâche* pratique des sciences et des philosophies justement pour conserver dans son intégrité leur *valeur* pratique, sociale. En effet, si les impératifs, les préceptes que les sciences prétendent imposer à la vie ne peuvent ne pas être déformés par ce même but pratique, auquel les sciences devraient viser, c'est seulement en mettant en lumière la véritable tâche des sciences — qui est, entièrement, une tâche théorique — qu'on redonne toute leur valeur aux lois de la science. On ne croit, avec conviction,

à celles-ci que lorsqu'on sait qu'elles sont impartiales.

C'est seulement à ces conditions que peut s'établir cette entente cordiale entre la science et la vie, qui fait que la science puise ses problèmes dans la vie, et que les lois de la science servent *naturellement* de guide à la vie. Et, tout en ayant l'air de faire un paradoxe, on peut dire que les sciences — les sciences morales, et la philosophie du droit tout spécialement — n'ont une véritable valeur pratique, que lorsqu'elles ne se proposent plus une spéciale tâche pratique.

Mais il faut encore examiner un autre point, pour déterminer toute la valeur sociale de la philosophie du droit, même si on ne lui assigne une tâche pratique particulière.

Au point de vue de la logique, il n'y a pas une nette différenciation entre les lois établies par les sciences qu'on dit de la nature et les lois déterminées par les sciences morales, si à ces dernières on ôte tout caractère déontologique, toute prétention d'imposer une conduite à la vie.

Les lois scientifiques, qui ne sont — pour ainsi dire — que les balustrades qui nous protègent contre la chute dans l'inconnu, sont l'expression et l'interprétation d'une manière d'être constante des faits : elles nous enseignent à agir de telle façon pour atteindre tel but, à nous mettre en telle disposition d'observation pour voir telle chose, à expérimenter selon telles règles si l'on veut obtenir tel résultat. Or, si les lois des sciences physiques ne sont qu'une décomposition des causes pour l'étude de tels effets, les lois qui

sont établies par les sciences morales ne sont rien d'autre, elles ne sont qu'une décomposition de l'unité du réel humain en vue d'étudier tels buts, tels effets.

Il est vrai que les sciences physiques ont à leur service l'expérience, tandis que les sciences morales ne peuvent se fonder que sur l'observation; il est vrai, encore, que dans les sciences morales on isole souvent comme cause cet élément du fait, sur lequel on aime mieux agir (qu'on pense à la théorie du matérialisme historique); mais, une fois la part faite à la volonté, aux fins, aux présupposés pratiques qui guident la recherche théorique, on doit encore conclure que les lois scientifiques établies par ces différents groupes des sciences sont de la même nature logique[1]. Car il est bien vrai que les faits sociaux n'ont pas la régularité des phénomènes physiques; mais, d'ailleurs, et en cela nous sommes d'accord avec ces subtils penseurs dont nous avons parlé auparavant, s'il n'y a pas deux faits sociaux qui soient identiques, il n'y en a pas deux même dans la nature qui aient ce caractère. D'ici il faut conclure que toute loi, n'étant qu'une généralisation, ne peut être qu'une approximation. Et si l'approximation du réel pourra être plus précise dans les lois naturelles, même dans les sciences morales la logique nous enseigne qu'il sera possible de déterminer des *lois de tendance*[2], c'est-à-dire des lois, qui, d'une

1. V. VAILATI.

2. V. MASCI, **1**, pp. 508-509; et **2**, pp. 94-97.

Voir sur la nature tendancielle des lois sociologiques le livre consacré à la *Sociologie générale* par M. Gaston RICHARD dans cette bibliothèque (notamment la conclusion).

façon approximative, déterminent le développement des faits sociaux.

Et encore : si l'homme, vis-à-vis des phénomènes physiques peut avoir très peu d'initiative, car toute son initiative se borne à disposer les choses de façon à produire telle ou telle expérience, les faits sociaux ne sont pas des faits qui se produisent en dehors de l'humanité : ils se produisent *dans* et *par* l'humanité. Mais de là dérive un autre caractère spécial des lois de tendance, qui règlent les faits sociaux. Tandis que les lois du monde physique ont un caractère de froideur, d'inflexibilité, de rigidité, et n'influencent la volonté des hommes qu'en conseillant, par exemple, des applications industrielles, les lois du monde humain, justement parce que leur matière est moins fixe et plus souple, ne sont pas seulement des *idées*, mais agissent sur la conscience humaine, ont une impulsivité spéciale sur la volonté, deviennent — pour employer une expression célèbre — des *idées-forces*.

C'est pour cela que toutes les sciences qui étudient le côté pratique de la vie, en débrouillant l'écheveau de la causalité sociale, et en en démontrant la complexité, éclairent, en même temps, la part qui, dans chacun de ces champs de la vie, est laissée à l'action, à l'activité humaine. Et c'est justement en cela — dans la détermination des impulsions intimes de tout fait humain, des actions et réactions de la conscience — que réside la *valeur sociale* de ces sciences philosophiques, qui couronnent les différents groupes des sciences sociales, et qui, tout en ne se proposant pas la tâche pratique d'imposer des préceptes à la vie,

qui continuerait son chemin sans les suivre, ne peuvent ne pas acquérir, de cette conception, une singulière valeur pratique aux yeux de tout homme éclairé.

Ainsi, nous avons déterminé la place de la philosophie du droit dans la logique des sciences, et, rectifiant d'anciens préjugés, nous espérons avoir démontré aussi sa valeur dans la vie sociale.

La tâche de la philosophie du droit, comme celle des autres sciences philosophiques, qui étudient avec elle la vie pratique, tout en étant unique — la compréhension de ce côté de la vie — peut se fractionner en deux recherches. En appliquant des termes de la mécanique, sans pourtant avoir l'intention d'introduire dans notre terminologie ou, qui est encore pis, dans notre méthode, ce procédé analogique, qui a été si nuisible aux sciences sociales, nous pourrons appeler l'une de ces recherches *statique*, et l'autre *dynamique*. La philosophie du droit, de même que la philosophie de l'économie et de la morale, doit, selon nous, étudier les conditions (statique) et déterminer les lois de tendance (dynamique) de cet aspect de la vie, qui est l'objet de ses considérations.

Dans le champ de la philosophie juridique, la statique éclaircira le problème du droit, la dynamique celui de la justice.

Ce livre est dédié particulièrement à la statique, car il se propose de répondre à la question : qu'est-ce que le droit? Mais — comme, tout en admettant que la considération au point de vue logique soit différente de la considération au point de vue génétique, nous croyons que, pour parvenir à une détermination

exacte de la première, il faut examiner même l'autre — nous pensons qu'il est utile de faire précéder les chapitres dédiés à l'étude des conditions d'existence du droit par quelques observations sur l'origine de l'idée de droit. Et nous terminerons, aussi, par d'autres considérations, que, si l'on accepte les expressions ici proposées, on pourra appeler dynamiques : après avoir étudié les conditions de l'ordre juridique, nous examinerons, en effet, le problème des rapports entre l'idée de droit et l'idée de justice.

CHAPITRE PREMIER

LA PERSONNALITÉ ET L'IDÉE DE DROIT

9. *Le problème des origines du droit comme problème historique et philosophique. Le problème de psychologie sociale et individuelle.* — **10.** *La personnalité et l'origine de l'idée de droit.* — **11.** *Caractères de l'idée de droit.* — **12.** *Contenu de l'idée de droit.* — **13.** *Individualisation et socialisation de l'idée de droit.*

9. *Im Anfang* — dit Faust, dans le célèbre monologue du *Studierzimmer*, après avoir essayé d'autres traductions des paroles bibliques — *war die That.* Au commencement — de la société, sinon du monde — y avait-il aussi le droit?

Voilà, pour le philosophe, un problème bien passionnant, qui, formulé en d'autres mots, peut se poser ainsi : le droit, est-il une condition *sine quâ non* du fait social? ou est-il quelque chose de postérieur à l'origine de la société, une trouvaille des hommes pour satisfaire à des besoins, qu'ils auraient éprouvés au cours de leur vie sociale? Dans l'un et dans l'autre cas qu'est-ce que le droit?

Avant d'aborder le problème, qui constitue l'objet principal de ce livre — à savoir, l'ordre juridique (qui nous apparaît comme le droit dans son moment, ou aspect *statique*) — il est nécessaire que nous consacrions quelques pages à l'examen de cette autre question, qui appartient à la *dynamique* du droit, dont elle est même à la racine. Car on ne peut pas — croyons-nous — entreprendre la discussion du problème statique du droit sans se faire une idée de l'origine de cet ensemble de faits, dont on étudie les relations réciproques, le mécanisme intime. Comment s'est-elle formée, cette machine dont nous voulons analyser le rouage?

Or, il y a plusieurs façons d'envisager le problème des origines du droit : il y a, tout spécialement, une façon historique (c'est-à-dire scientifique), et une façon philosophique (c'est-à-dire psychologique, en entendant ce mot le plus largement possible[1]).

Il ne rentre pas dans le plan de cet ouvrage de discuter à fond les contributions apportées par les différents savants, qui se sont occupés de cette question : il est suffisant, pour le but de ce chapitre, de faire remarquer la portée de ces analyses et, éventuellement, les lacunes qu'elles laissent dans l'éclaircissement du problème.

Les historiens, qui se sont adonnés à l'étude des origines du droit, nous ont apporté une masse de matériaux précieux pour l'examen des institutions primitives. Ils ont fouillé, avec une patience achar-

1. Sur l'emploi de ces mots « scientifique » et « psychologique », qu'on se rappelle ce que nous avons écrit dans l'*Introduction*, partic. § 6.

née, parmi les anciennes pierres et les papyrus, pour déceler telle ou telle loi, telle ou telle inscription qui pourrait nous révéler quelque aspect de l'ancien droit, et par là nous instruire sur les conceptions juridiques des anciens peuples. Ils ont élargi notre horizon juridique, qui était plutôt étroit, et qui trouvait ses colonnes d'Hercule, dans le temps et dans l'espace, à Athènes et à Rome; ils ont étudié le droit de l'Inde, de l'Égypte, des Celtes, des Assyriens, et — quelquefois, non sans méthode — les institutions des peuples encore barbares. Ils ont démontré la stricte parenté entre l'ancien droit et la religion, entre le droit et les coutumes ou la morale.

Certes, pour la phénoménologie du droit, les études historiques et comparatives sont d'une inappréciable utilité. Ces recherches qui restent, comme il convient, dans le terrain de l'expérience, valent pour la philosophie positive, pour une philosophie qui veut chercher dans les faits la raison des faits, beaucoup plus que des monceaux de volumes de spéculation sur la raison du droit[1]. Elles ont donc, ces études, un mérite incontestable : elles nous donnent des renseignements positifs précieux sur l'expérience juridique. Mais elles nous font voir seulement le côté extérieur du droit, l'histoire externe des institutions : si elles nous aident à poser et à résoudre positivement le problème des origines intimes du droit, de par elles-mêmes, elles ne l'abordent point.

Les historiens ne se demandent pas comment la

1. V., pour une appréciation de ces recherches au point de vue de la philosophie positive du droit, FRAGAPANE, partic. livres II et III.

personne humaine a pu se penser douée de telle prétention, et pourquoi certains liens sociaux furent-ils assurés d'une façon particulière. Les historiens recherchent, aussi loin qu'ils peuvent dans le temps et dans l'espace, les vestiges du droit *déjà formé*, mais ne répondent — et ne sont, d'ailleurs, nullement obligés de répondre — à la question : comment se forme-t-il le droit? quel en est le ressort intime?

Si, de l'histoire, nous passons à la philosophie, nous voyons que maints penseurs se sont posé le problème des origines du droit, en lui donnant maintes solutions différentes, selon les principes fondamentaux de leurs systèmes. Mais si on nous dit — par exemple — que la question — qu'est-ce que le droit? — ne peut être résolue que par la pure raison, qu'une théorie empirique du droit est telle qu'une tête — même une belle tête — mais sans cerveau[1]; qu'il faut distinguer l'homme phénomène de l'homme *noumène;* que la personne, qui fait partie du monde sensible, doit être soumise à la personnalité, qui fait partie du monde intelligible, et que c'est cette personnalité, qui est la source du devoir[2] et aussi du droit — on posera des principes déontologiques, on dira que la personne ne doit jamais être traitée comme un moyen, mais toujours comme un but; on posera même des principes logiques, à savoir qu'il faut se retirer sur le sommet de la conscience pour comprendre l'essence du droit, mais on ne fera pas beaucoup avancer cette autre question : comment s'est formée,

1. V. KANT, 3, Einleit. in die Rechtslehre, § B, pp. XXXI-XXXII.
2. V. KANT, 2, I. Th., I. B., III. Hauptst., pp. 105-106.

dans la conscience humaine dans le monde de l'expérience, l'idée du droit? Question, pourtant, bien passionnante, et décisive pour la compréhension du monde juridique, du système du droit! Et ce ne seront, non plus, les néo-kantiens, qui nous aideront à la résoudre; ces néo-kantiens, qui sont prêts à admettre avec nous les droits de l'expérience dans le monde de la science, mais qui se départent de l'expérience (ou, plutôt, croient-ils s'en éloigner) dès qu'ils touchent à un problème philosophique. Ils nous accordent que l'idée du droit a, dans l'ordre des faits, une origine empirique, expérimentale, comme les autres idées, comme les autres concepts, mais se séparent de nous autres positivistes, dès qu'ils abordent le véritable problème philosophique du droit.

Ils nous disent que l'être ne peut pas donner le devoir être, que la phénoménologie ne peut pas donner naissance à la déontologie. Or, il est parfaitement vrai que l'expérience comme telle, la phénoménologie, pour ainsi dire, extérieure, ne peut pas, à elle seule, produire la déontologie : c'est-à-dire que la succession et collection (s'il nous est permis d'employer ce mot) de faits n'indiquent pas que certaines actions doivent être accomplies et d'autres évitées. Il faut, entre le fait brut, comme on dit, et le fait conçu comme licite ou illicite, comme bon ou mauvais, faire intervenir une autre donnée : la conscience humaine, douée de certain pouvoir de réaction, pour ainsi dire, aux actions du milieu. C'est en se réfractant dans le prisme de la conscience que la réalité prend ses différentes couleurs appréciatives, se décompose dans les différentes séries de faits bons ou mauvais, beaux

ou laids, licites ou illicites — comme c'est en traversant un prisme de verre que le rayon solaire se décompose dans les sept couleurs fondamentales. Le problème du droit, comme le problème de la morale, nous paraît ainsi (cela soit dit, pour le moment, en passant) comme un problème de rapport entre la conscience humaine et le milieu, entre le *moi*, le for intérieur, et le *non-moi*.

Mais les néo-kantiens ne se préoccupent pas de ce problème de psychologie : comment s'est-il formé le concept du droit, comment s'est-elle formée l'idée d'une attribution de licéité connexe à certaines actions, d'illicéité connexe à certaines autres? Ils étudient, il est vrai, avec beaucoup de soin, la signification intime, le sens logique de l'attribution de *juridicité* (qu'il nous soit permis d'employer ce néologisme) à tel fait, à telle action; ils cherchent à définir ce que nous voulons désigner lorsque nous disons que tel fait est juridique, que telle action est juste. Ils parlent même du sentiment juridique, mais ils ne l'analysent pas, ils ne tâchent point de le décomposer dans ses éléments, d'en étudier l'origine. Il leur faut — en effet — admettre l'idée du droit pour aborder la question : qu'est-ce que le droit[1]? Mais ils acceptent, sans plus, cette idée comme déjà formée, en n'excluant point son origine expérimentale, mais disant que ce qui est un *à posteriori* pour la psychologie est un *à priori* pour la logique. Mais ici il y a des malentendus, qu'il faut dissiper[2]. Car, dire

1. V. Del Vecchio, 3, p. 155.

2. V. mes écrits cités sous les NN. 3 et 4, qui sont des critiques des œuvres de M. Del Vecchio, 3 et 2.

que le sentiment juridique, une certaine intuition du droit est nécessaire à la conception logique du droit, que sans une certaine intuition de la conscience nous ne pouvons juger si telle action est licite ou illicite, juste ou injuste, revient tout à fait à dire que sans une idée du droit il n'est pas possible d'avoir une conception juridique du monde social. Mais, alors, en acceptant le sentiment juridique comme une donnée immédiate de la conscience, on élude le problème de sa formation. Or, si les néo-kantiens admettaient que l'idée du droit fût innée, il est vrai que leur psychologie serait un peu surannée, mais il n'y aurait point d'hiatus entre leur psychologie et leur logique. S'ils admettent, au contraire, à ce qu'il paraît, doués comme ils sont d'une érudition fraîche et moderne, que l'idée de droit ne soit pas innée, pourquoi ne discutent-ils pas le problème de son origine? Ils nous disent que le monde de la raison pratique ne s'explique point sans les catégories de la morale et du droit. Soit. La catégorie serait, logiquement, un *prius*. Mais, psychologiquement, n'est-elle pas un *posterius?* Et, si elle est un *posterius*, pourquoi ne pas en étudier la formation? Et, si ce n'est pas la philosophie du droit, cette science qui doit nous rendre raison de l'intime ressort du monde juridique, qui aborde ce problème, quelle autre science devra s'en occuper?

Le problème logique du droit — (quelles attributions doit avoir une proposition pour être conçue comme juridique?) — est différent de l'autre problème psychologique sur l'origine de l'idée du droit. Mais, à la rigueur, ce dernier doit être résolu avant l'autre, si on veut éclaircir la véritable base des présupposés

dont il dérive, si on ne veut — en d'autres mots — tomber dans ce cercle vicieux : donnée une société juridique, quel sens a-t-elle une proposition juridique? Car ces logiciens du droit doivent admettre comme une donnée cet ordre juridique, dont ils cherchent les conditions.

A la racine du droit, comme de toute autre institution sociale, est une cause psychologique, ou, pour mieux dire, un nœud de causes, de faits psychologiques. C'est dans la psychologie que nous devons rechercher la source intime du droit.

L'école historique des juristes allemands a très bien vu un des aspects de ce problème, lorsqu'elle a parlé de la *conscience juridique* comme de la source du droit. Mais cette école a laissé, toutefois, très indéterminé ce concept de conscience juridique. Qu'est-ce qu'elle est? Cet ensemble d'opinions du peuple sur la licéité de tel acte, sur l'illicéité de tel autre, comment se forme-t-il? Puchta nous a parlé d'une *conviction populaire,* étroitement liée avec la source fondamentale de tout droit[1] : mais qu'est-ce qu'elle est, au juste? Le législateur (un autre préjugé que celui d'*un législateur,* tandis que l'on sait que dans tous les pays et dans toutes les époques la fonction législative a eu un mécanisme très compliqué) ne devrait qu'écouter les conseils de cette conscience juridique. Et encore : on a parlé d'une conscience populaire. Mais est-ce vraiment, et toujours, le peuple, et tout le peuple, qui, dans sa grande âme d'enfant, enfante le droit? Ou celui-ci, non seulement sous sa forme

1. V. Puchta, I B., II. Kap., XIII-I. Band, p. 18.

précise et technique de la loi, mais aussi comme ensemble de préceptes, de *normae agendi*, n'est-il pas le résultat de la domination d'une classe sur une autre, ou sur plusieurs autres auxquelles cette classe politique, cette élite imposerait ses intérêts, assurés par la coaction juridique?

On a dit que l'école historique « nous a laissé en héritage un grand problème psychologique sur l'origine du droit[1] » : observation exacte, mais qui n'épuise pas la question. Car l'école historique — avec sa formule heureuse, mais imprécise, de la conscience juridique source du droit — a donné naissance à une foule de problèmes psychologiques, quelques-uns touchant à la psychologie collective ou sociale, quelques autres à la psychologie individuelle.

L'école historique, en effet, en posant le problème des origines du droit comme une question de psychologie, n'a pourtant vu qu'un côté du droit : le droit objectif, la règle juridique. C'est, sans doute, à la psychologie sociale que nous devons demander le secret de la formation du droit objectif — c'est-à-dire, pour employer un mot imprécis, mais compréhensif — de la loi. Et, en effet, les études qui ont été poursuivies dans cette carrière, nous ont révélé des analogies très intéressantes entre la formation du droit et celle du langage, des mythes, des religions, des coutumes morales. On a même parlé du droit comme d'un phénomène de croyance collective[2], et avec raison.

1. V. Brugi, 1, p. 55.
2. V. Miceli, 1.

Mais il y a, ici, au moins plusieurs problèmes à élucider. D'abord, la conscience collective, qui n'est assurément pas une somme, mais qui est pourtant une résultante des convictions individuelles, est redevable aux consciences individuelles de ses facteurs : les éléments composant cette conscience collective, et, par suite, la conscience juridique elle-même, doivent être recherchés dans la conscience individuelle, siège unique des phénomènes psychologiques. C'est-à-dire, le secret intime même du droit objectif, de sa formation et de sa valeur obligatoire, doit être demandé à la conscience individuelle.

Un autre problème est celui de rechercher comment s'est formée la conception du droit subjectif, c'est-à-dire du droit comme *facultas agendi*. Et, pour éclaircir ce problème, il ne faut pas s'arrêter à la conscience collective, masque un peu vague de l'ensemble des convictions des individus vivant dans tel milieu, mais il faut descendre dans la profondeur de la conscience individuelle.

Comment s'est formée, dans la conscience de l'individu, la conviction de la licéité de telles actions, de l'illicéité de telles autres, de l'existence d'un tel ordre de règles, et surtout de la tutelle accordée par la société à l'accomplissement de certaines actions, de la réaction défavorable attachée à certaines autres? C'est à la psychologie que nous devons demander le mot de cette énigme; mais c'est beaucoup plus à la psychologie individuelle qu'à la psychologie collective.

10. La question : — pourquoi avons-nous des droits? — est une question inutile, ou plutôt mal posée. Se

borne-t-on au problème de la source du droit subjectif, à chercher si le droit subjectif est une affirmation de la personnalité comme telle ou le produit d'une concession de l'État? Le problème a trop d'ampleur pour se poser en ces termes. Fait-on allusion à la naissance du sentiment juridique dans la conscience humaine? C'est alors un problème de psychologie qu'il faut résoudre, un problème qui vise à un but plus modeste, si l'on veut, mais plus positif, plus sûr : — comment s'est formé dans la conscience de l'homme le sentiment qu'il peut être protégé dans quelques-unes de ses actions et qu'il doit respecter les autres hommes lorsqu'ils accomplissent d'autres actions données? Mais là n'est certainement pas la question plus généralement exprimée, conçue, pour ainsi dire, *sub specie æternitatis :* pourquoi l'homme a-t-il des droits?

Si la philosophie devait s'occuper de ce problème autant vaudrait qu'elle s'occupât de cette autre question : pourquoi l'homme vit-il? Quelle est la cause, quel est le but de la vie? Si cette question peut être traduite en termes biologiques, c'est à l'anthropologie ou à la théorie de la descendance qu'il faudra s'adresser. La pose-t-on en ces termes — à quelles conditions la vie humaine peut-elle se conserver? — et c'est la physique d'une part, la physiologie de l'autre, qui peuvent donner une réponse. Mais si l'on veut compliquer la question, en se demandant ce que l'homme peut bien faire sur la terre, par quelle raison il y vit, s'il a quelque plan à réaliser — ce n'est plus à la philosophie positive qu'on pourra s'adresser : c'est à la religion qui donnera des réponses d'une valeur toute subjective; ou à la métaphysique, qui donnera peut-

être pour des vérités incontestables ses simples hypothèses.

C'est la même chose pour le droit. Si l'on veut en chercher la raison intime, dans le royaume des faits ; si l'on veut fouiller, pour ainsi dire, la conscience pour déceler la racine du droit, la philosophie positive pourra diriger ces recherches et mettre à nu les conditions psychologiques irréductibles de la naissance du droit. Mais si l'on veut bien se demander non seulement comment l'humanité a conçu telles de ses relations comme juridiques, mais pourquoi, par quelle raison les hommes ont été doués de cette faculté, de cette capacité de fonder un ordre juridique, il n'y a rien à répondre — ou, au moins, on ne peut rien répondre dans l'ordre des faits, de l'expérience. Et les réponses qu'on pourra donner à cette demande ne seront que pure fantaisie.

L'homme a des droits parce qu'il a des besoins : voici la seule réponse positive qu'on puisse donner. C'est le besoin — c'est-à-dire, en dernière instance, la douleur — qui est la source du droit, comme de tout ordre d'actions humaines.

Une autre question beaucoup plus importante à résoudre, à laquelle il faut revenir, est celle de la formation de l'idée de droit dans la conscience humaine. Il faut étudier ses origines, ses caractères, son contenu.

Abordons la question des origines, qui en implique plusieurs autres et avant tout celles-ci : l'idée de droit est-elle originaire ou dérivée? Se trouve-t-elle, ou se forme-t-elle dans toute conscience humaine et à chaque époque de la vie sociale? Pour cette raison

doit-elle être conçue comme une vraie condition de la vie sociale?

C'est un mérite de Fichte d'avoir vu que « l'homme ne devient un homme que parmi des hommes[1] », et que l'idée de droit ne surgit que par une espèce de comparaison entre la sphère d'action de l'individu et la sphère d'action d'un autre individu[2]. Je ne peux prétendre à être reconnu comme un être raisonnable par autrui, que si je reconnais autrui comme un être raisonnable; mais comme je dois prétendre à être reconnu dans tous les cas possibles par autrui comme un être raisonnable, je dois reconnaître l'être libre en dehors du moi dans tous les cas comme tel, c'est-à-dire limiter ma liberté par le concept de la possibilité de sa liberté[3]. Et puisqu'aucun homme ne peut être isolé[4], cette comparaison, qui est le fondement de l'idée de droit, doit être faite par tout homme.

Mais le tort de Fichte est celui de prétendre que ce concept de l'individu comme membre de la société, de l'individu comme sujet de droit, est absolument *à priori*, c'est-à-dire déduit de la pure forme de la raison, du moi[5].

Dans la conception de Fichte, il est vrai, c'est le moi qui pose le non-moi. Mais le moi, immédiatement, c'est-à-dire comme pure pensée, ne pourrait poser que soi-même. Tandis que Fichte, lui-même, nous en-

1. V. Fichte, I. Theil, I. Hauptst. — § 3, p. 31.
2. V. *ibid.*, p. 36.
3. V. *ibid.*, pp. 38, 40, 49.
4. V. *ibid.*, p. 50.
5. V. *ibid.*, p. 50.

seigne que l'homme ne se reconnaît comme tel que parmi d'autres hommes. Et ce principe, qu'il soutient, nous semble bien juste. Seulement, le moi, la pure raison, comme telle, ne peut poser le non-moi, ne peut avoir la notion de l'existence des autres hommes, si ce n'est à travers l'expérience. C'est donc dans celle-ci qu'il faut chercher sinon la source de la personnalité, au moins la notion d'humanité, l'attribution d'humaine à la personnalité elle-même. Et c'est ce qu'a vu la moderne psychologie, entre laquelle et les théories de Fichte et de Hegel[1] on a justement remarqué des analogies[2]; mais on a observé non moins justement qu'il ne faut pas pousser trop loin les comparaisons[3], car la philosophie romantique allemande concevait l'unité de l'*ego* et de l'*alter* comme une application de la loi dialectique universelle de l'unité des opposés, tandis que la psychologie moderne considère la no ion même du moi comme une donnée dérivée de l'expérience.

Et, à vrai dire, la psychologie moderne, la psychologie *sans âme* est allée peut-être même trop loin dans cette voie. Par réaction contre l'ancien substantialisme, qui concevait le *moi* comme un *quid*, préexistant aux faits psychiques et immuable à travers les modifications phénoméniques de la conscience, on a fait de la psychologie, qui dissolvait l'âme dans des collections de faits psychiques et négligeait par trop la source de ces faits mêmes — la conscience — et les réactions différentes, par lesquelles les différentes

1. Qu'on voie Hegel, 2, Einleit., § 7-pp. 43-44.
2. V. Petrone, 2, partic. pp. 31-34.
3. V. Miranda, p. 495.

consciences répondent aux influences et actions du milieu. Or, s'il n'est que trop vrai que l'homme change à tout instant[1] et que la plus grande partie de ces changements est causée par des influences extérieures, il est pourtant vrai que nul homme ne répond de la même façon aux influences du milieu[2].

La réaction de la psychologie *sans âme* aux prétentions exagérées du substantialisme nous paraît trouver des analogies dans tel enseignement de la théorie moderne du droit, qui semble réagir contre les excès de l'ancien contractualisme.

Comme l'ancienne psychologie partait de la conception du moi comme un *quid* fixe et immuable, qui préexistait à toute sensation, à toute influence du milieu, ou, plus encore, qui pouvait même créer ce monde extérieur, l'ancien contractualisme parlait de l'individu comme ayant des droits, sans et avant l'état social, comme d'un sujet de droit, indépendamment de toute reconnaissance, de l'existence même de l'État.

La nouvelle psychologie, au contraire, a abattu cette idole du moi, et a enseigné que c'est le milieu qui forme l'individu, que c'est la société qui forge le

1. Vico lui-même a écrit : « Idem ipse mihi videor; sed perenni accessu et decessu rerum, quæ me intrant, a me exeunt, quoque temporis momento sum alius » et « in omni temporis momento aliud nobiscum componitur, aliud a nobis dissolvitur ». (*De antiquiss. Italor. sapientia*, IV, §§ 3 et 4. *Opere*, II, pp. 88 et 89.)

2. L'anthropologie criminelle et la clinique ont su profiter de ces enseignements sur la diversité originaire des aptitudes des hommes, en substituant à l'étude des crimes et des maladies l'étude des différents types de criminels et de malades, ces types n'étant, d'ailleurs, que des moyennes, tirées des analogies approximatives des hommes.

moi, et que dans celui-ci il n'y a presque rien, qui ne soit, pour ainsi dire, un présent de la société dans laquelle l'homme vit.

La nouvelle théorie juridique, de même, ne pouvant pas effacer radicalement les droits individuels, a conçu ceux-ci comme un présent du pouvoir, et, ne voyant pas ou ne voulant pas voir que l'État est, sinon une somme, une synthèse des vouloirs déclarés ou présomptifs des citoyens, a transféré toute la souveraineté, que la tendance contractualiste libérale avait reconnue dans les citoyens, aux mains de cette puissance impersonnelle, l'État, et est parvenue à soutenir que c'est l'ordre juridique (en d'autres termes, l'État) qui se dépouille de tel ou tel de ses droits en faveur de l'individu[1].

Mais l'une et l'autre de ces réactions ont été excessives; et ne pouvaient manquer de provoquer une réaction, une opposition ultérieure.

C'est le mysticisme, qui signe le diapason de l'opposition aux théories de la psychologie *sans âme;* c'est l'anarchisme, qui marque le diapason de la réaction aux théories étatistes.

Dans l'un et dans l'autre de ces deux courants de pensée nous entendons comme un cri de révolte du moi, qui veut se dégager, dans un cas, de tout l'écheveau des phénomènes, des sensations, des influences imposées par le milieu, et aspire à une suprême liberté, à l'anéantissement dans le sein de l'infini; dans l'autre, il veut se débarrasser de toutes les entraves des lois positives, des commandements et des défenses, pour

1. V. Windscheid, § 37. Vol. I, Parte I, p. 170.

se poser en face de l'État, avec l'illusion de briser les chaînes inébranlables de la vie sociale.

Dans ces mouvements, qui ont leur racine dans une prétention exagérée au non-conformisme social, nous voyons comme une sorte de réaction sentimentale beaucoup plus qu'intellectuelle : nous voudrions l'appeler une *nostalgie du moi* — de ce moi, que telle psychologie croyait avoir presque banni du tableau scientifique, submergé parmi les phénomènes biologiques ou effacé parmi les catégories sociologiques, ou que tel germanisme juridique prétendait représenter comme le pauvre Lazare en quête des miettes tombées de la table de l'État tout-puissant.

Il faut que la thèse substantialiste et l'antithèse associationniste — superficielles toutes les deux[1] — cèdent devant une synthèse vraiment positive. C'est à cette synthèse que nous devons demander une notion précise de la personnalité et, avec elle, le secret de l'idée de droit.

La personnalité humaine est sûrement une formation biologique, mais elle n'est pas une chose passive, qui se laisse former par le milieu : elle est une synthèse de l'hérédité et de la vie de tout instant. « Que sommes-nous? — écrit M. Bergson[2] — qu'est-ce que notre *caractère*, sinon la condensation de l'histoire que nous avons vécue depuis notre naissance, avant

1. Pour la théorie du droit on pourrait faire le même relief, car ces juristes, qui soutiennent que le droit individuel n'est qu'une concession du pouvoir n'ont en vue que la source immédiate du droit, le côté superficiel du fait juridique, sans se préoccuper des bases, des fondements, des présupposés de l'État.

2. BERGSON, pp. 5-6.

notre naissance même, puisque nous apportons avec nous des dispositions prénatales? Sans doute nous ne pensons qu'avec une petite partie de notre passé; mais c'est avec notre passé tout entier, y compris notre courbure d'âme originelle, que nous désirons, voulons, agissons. » La personnalité est un organisme psychologique (aussi bien que biologique) toujours en voie de formation et de transformation; elle n'a rien de substantiel qui repose, comme un *sancta sanctorum*, au delà d'un voile épais, sur lequel les faits psychiques seraient comme brodés, sans toucher le *quid* plus profond; mais chaque personnalité a son cachet particulier, qui, tout en n'étant que le résultat d'une combinaison d'éléments naturels minimes (car il dérive peut-être de cela que nul homme ne subit pas absolument les mêmes influences héréditaires et sociales) marque l'individualité de chacun et est la cause de la différenciation des aptitudes humaines et du travail social.

D'ailleurs, si la personnalité est, d'un côté, une spécification, une individuation, un effet, elle est, d'un autre côté, une cause, qui imprime une direction particulière au dynamisme dont elle est le produit, ou, pour mieux dire, qui réagit d'une façon particulière aux actions, aux influences du milieu, même si elle subit, en général, ces influences, au lieu de s'imposer à elles. Tout en admettant, donc, l'empire de la société sur l'individu, on doit convenir que nulle part, autant à propos de la personnalité humaine, se vérifie la loi que l'effet réagit sur la cause[1].

1. V. Marchesini, pp. 66-69.

L'associationnisme n'avait pas su voir ce qu'il y a de constant dans la personnalité : c'est-à-dire la conscience du moi. La psychologie moderne l'a revendiquée énergiquement, tout en demeurant sur le terrain de l'expérience introspective. « Comme l'individualité du moi présent — écrit M. Ardigò[1] — est déterminée par la *continuité des éléments coexistants* se présentant ensemble comme un tout indistingué dans la conscience actuelle, ainsi l'*identité* de la même individualité dans le temps est déterminée par la *continuité des consciences successives :* des précédentes entre elles, et d'elles-mêmes avec l'actuelle. »

Et M. James tient, de la même façon, le juste milieu entre l'absolutisme des substantialistes et l'extrême relativisme des associationnistes, en retrouvant dans la *Pensée,* à tout instant différente de celle qui était dans le moment précédant, mais *qui s'approprie* celle de l'instant précédant, le lien des faits de conscience, le noyau de la personnalité[2].

C'est dans la personnalité, ainsi conçue, qu'il faut étudier — croyons-nous — la source, l'origine de l'idée de droit. Parmi les psychologues, nul n'a vu, à notre avis, si bien le *primum movens* de cette idée, tout en n'en faisant pas l'objet de ses considérations particulières, que M. J. M. Baldwin. Ses théories sont bien connues en France où, depuis une dizaine d'années, ses ouvrages principaux ont été publiés. Nous pourrons donc nous limiter à les rappeler à nos lecteurs.

1. Ardigò, 2, p. 171.
2. V. James, tout le chap. X; plus partic. pp. 237 et suiv., et surtout pp. 240, 244, 256, 273.

Nous avons dit que, pour Fichte, l'homme ne devient tel que parmi des hommes. Les recherches et les considérations psychologiques de M. Baldwin confirment de la façon la plus éclatante cette intuition du philosophe allemand. M. Baldwin a remarqué, en effet, en étudiant les enfants, que l'enfant ne parvient à la notion du moi, de sa personnalité, qu'en se comparant avec autrui (plutôt qu'en imitant autrui), c'est-à-dire en attribuant aussi à soi-même des qualités qu'il découvre dans telle partie de son entourage. « Dans la formation de la notion de personnalité, cette phase, que l'on peut appeler subjective, est le développement de la notion du moi[1] ». Cette phase suit de très près le stade, qu'on peut appeler de projection, qui se résout dans un ensemble de faits pour la plus grande partie physiques, de mouvements, d'efforts[2]. Mais « par une sorte de corollaire dialectique, l'enfant va appliquer à toutes les autres personnes la notion qu'il vient de se former de son propre moi[3] ». Voilà un second stade, un stade que M. Baldwin propose d'appeler éjectif, dans ce sens, que la personnalité, le moi sort pour ainsi dire du cadre, déjà formé, déjà constitué, de ses propres sensations et volitions, de sa conscience — en un mot — et attribue à autrui une conscience semblable à la sienne. Le moi, l'*ego*, dans la formation duquel a une si grande partie le milieu, commence à réagir d'une certaine façon sur le milieu, en attribuant à autrui, à l'*alter*, ces caractères qu'il vient de trouver, confusément, en soi-

1. Baldwin, 1, p. 309.
2. V. Baldwin, 2, pp. 7-8.
3. Baldwin, 1, l. cit., p. 309.

même. Mais le procès ne s'arrête pas ici. L'enfant, qui conçoit le *moi* comme un *alter* intime, c'est-à-dire comme quelque chose de semblable à ceux qu'il voit autour de lui-même, et qui conçoit successivement l'*alter* comme un *ego* extériorisé, parvient, par cette comparaison, à une autre notion, à la notion de la similitude entre l'*ego* et l'*alter*, c'est-à-dire à la notion, quoique bien vague et confuse, d'une même espèce, d'un même milieu dont tous les deux, l'*ego* et *l'alter*, sont des membres, des individus, des produits. Il parvient ainsi — pour employer l'heureuse expression de M. Baldwin — à la conception de l'*ego* et de l'*alter* comme d'un *socius*, c'est-à-dire — tout ensemble — comme d'un membre de l'humanité et de la société[1].

Le procès de cette *dialectique du développement personnel* se résout, en dernière instance, dans un jeu d'actions et de réactions. C'est d'un ensemble d'influences du milieu et de réactions de la conscience aux actions du milieu que surgit et se développe le concept de la personnalité.

Quel rapport ces considérations soutiennent-elles avec l'idée de droit? C'est ce que nous nous proposons de démontrer.

Si l'on se borne à considérer le côté extérieur, la simple surface du droit, on ne voit sûrement pas toute l'importance de cette donnée de la psychologie. Mais, si l'on pénètre jusque dans l'intime secret du droit, si on décèle, pour ainsi dire, la racine de l'ordre juridique, c'est-à-dire la cause intime du droit, on est

1. V. BALDWIN, 1, pp. 308-310; 2, pp. 9, 13.

vite convaincu que tout le droit se résout dans un ensemble de rapports entre hommes. Dante l'a dit — en s'inspirant, paraît-il, des idées d'Irnerius, mais en s'élevant au-dessus des juristes de son temps et même des temps postérieurs[1] — il y a six siècles : « jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio[2] ».

Sans anticiper des idées, qui trouveront leur place la plus convenable dans le chapitre suivant, nous pouvons même affirmer dès à présent que le droit est le seul rapport qui soit entièrement déterminé par la coexistence humaine et s'épuise d'homme à homme. Et, en effet, la religion règle des rapports qui se passent ou qu'on suppose passer entre les hommes et la divinité; la morale règle aussi des rapports d'homme à homme, mais contemple aussi des faits qui naissent et s'épuisent dans le cercle caché et fermé de la conscience individuelle; l'économie étudie aussi des rapports entre les hommes (échange, distribution) mais considère une foule d'autres rapports qui se déploient entre l'homme, d'un côté, et la nature, la chose, de l'autre côté. Tandis qu'il n'y a aucun rapport juridique, aucune manifestation du droit, qui puisse être conçue autrement que comme un rapport entre des hommes. La propriété — elle-même — qui, au point de vue économique, est un domaine, une seigneurie de l'homme sur la chose, au point de vue juridique ne s'explique que comme un rapport tout et seulement humain, à savoir une relation entre le proprié-

1. V. Chiappelli, pp. 25-27.
2. Alighieri, *De monarchia*, II, 5, p. 354 de l'éd. Moore.

taire, d'un côté, et, de l'autre côté, tous les autres hommes, tous ceux auxquels on peut empêcher d'empiéter sur le droit du propriétaire, en un mot — tous les justiciables.

Or, si tout rapport de droit est un rapport entre des hommes et si tout le droit s'épuise dans des relations humaines, il est facile de comprendre toute l'importance des observations de M. Baldwin pour l'idée de droit. Cette idée a, comme l'idée de personnalité, son fondement dans la comparaison entre l'*ego* et l'*alter*. Certes, la théorie de M. Baldwin ne peut pas être transportée *sic et simpliciter* dans le champ juridique. Et, en effet, M. Baldwin disait que l'*ego* se connaît à travers l'*alter*, et, après s'être connu comme un *alter* intime, il reconnaît dans l'*alter* comme un autre *ego*, c'est-à-dire, il reconnaît dans lui-même et dans autrui deux images du *socius*. Dans le champ du droit, il faut dire que l'*ego* reconnaît dans l'*alter* non seulement une autre image de lui-même, mais aussi quelqu'un qui limite ses forces, une sorte d'obstacle à la satisfaction absolue de tous ses désirs aussi bien qu'un collaborateur dans la lutte pour pourvoir à ses besoins. C'est seulement après l'expérience de la force d'autrui, de la limite à ses propres actions, que l'*ego* parvient à la conception du *droit* propre et du *droit* d'autrui, c'est-à-dire à la véritable conception juridique du *socius*.

Mais c'est toujours à une comparaison entre l'*ego* et l'*alter* qu'il faut remonter, si l'on veut déceler l'origine de l'idée de droit.

Le *moi* social, en effet, dont l'idée de droit est — comme nous allons voir — le caractère spécifique,

le véritable cachet, n'est pas le simple résultat de l'imitation (car, pour que l'imitation soit concevable, il faut préalablement admettre une initiative, qui soit imitée) : il est, plutôt, le produit de la comparaison entre l'*ego* et l'*alter*. C'est ce qu'a vu un maître de la philosophie juridique italienne, M. Carle, dont nous suivons, à ce propos, les traces, lorsqu'il a établi, sur ces bases, que l'idée du droit naît de cette comparaison assidue entre homme et homme[1].

Nous étudierons ensuite les caractères et le contenu de l'idée de droit. Mais, avant de discuter ces points, nous devons aborder la question que nous avons posée au début de ce paragraphe : si cette idée se trouve dans chaque conscience et à toute époque de la vie sociale

La réponse, qui se présente, certes, comme logique à l'intelligence de tout lecteur, est une réponse affirmative. L'homme ne devient homme que parmi des hommes, mais tout homme vit en société avec d'autres hommes. Tout individu, qui possède une conscience, dans le plus large sens, normale — les altérations pathologiques n'ont pas d'importance pour nous, à ce point de vue — parvient à la notion de sa personnalité physique et morale. L'attribution juridique n'est, comme nous le verrons, qu'une spécification de ce sentiment de la personnalité.

Même le plus grossier, le plus primitif des hommes — quoiqu'il ne sache pas rendre raison à soi-même et expliquer à autrui ce procédé psychologique, par lequel il acquiert la conscience de sa personnalité — ne

1. V. Carle, § 47, pp. 83-85.

peut manquer, par le simple fait qu'il est né homme et qu'il vit parmi des hommes, de parvenir, par la comparaison entre soi-même et autrui, à la conscience de son individualité. Certes, ce procédé aura des degrés, selon les aptitudes des individus, et selon l'extension, pour ainsi dire, du milieu, des expériences que l'individu lui-même peut faire. Un homme moderne et cultivé, qui est en relation avec plusieurs hommes qui a vécu en différents pays, qui connaît l'histoire, pourra se poser de ces questions : sommes-nous meilleurs que nos ancêtres? la sphère de ma liberté est-elle plus ou moins large que celle d'un *civis romanus*, d'un Chinois, d'un sauvage? — des questions, qui ne pourront pas même se présenter à l'intelligence étroite d'un paysan qui n'a jamais été à l'école ou qui n'est jamais sorti de son village. Mais cette comparaison entre l'*ego* et l'*alter*, quoique très différente selon le degré d'intelligence de l'*ego*, selon l'expérience qui a mis l'*ego* en présence (réelle ou hypothétique : par exemple, historique) d'un nombre plus ou moins grand, plus ou moins varié d'autres personnes, ne peut à moins de s'être présentée dans toute conscience humaine, puisqu'elle est la source du sentiment même de la personnalité.

Et encore, s'il est vrai — comme soutient Baldwin et tous les évolutionnistes avec lui — que l'évolution morale de l'enfant n'est qu'une récapitulation, dans ses traits essentiels au moins, de celle de l'espèce[1], nous pourrons même parvenir à une autre conclusion : que l'idée de la personnalité, et par cela même celle

1. V. Baldwin, 2, p. 206.

du droit, dût naître dès que les hommes se conçurent comme des animaux différents des autres, qui les entouraient, dès que les premiers groupes humains, en d'autres mots, acquirent la notion plus ou moins distincte de leur dissemblance des autres hordes d'animaux supérieurs, de leur supériorité sur ces autres hordes. L'idée d'humanité n'est, elle-même, que le résultat d'une comparaison entre le groupe humain, et les groupes, les hordes, les troupeaux d'autres animaux.

Si nous examinons, à présent, le problème au point de vue de l'induction historique, nous aurons une autre preuve de l'exactitude de cette assertion : que dans tout homme (normal), à tout moment de la vie sociale, doit se former l'idée du droit.

Il serait facile d'accumuler des preuves historiques et comparatives, depuis les lois d'Hammurabi aux Codes modernes, depuis les coutumes des Fuégiens jusqu'à celles de l'*ultima Thule*, pour démontrer qu'à toute époque de l'histoire et dans tout pays du monde il y a eu et il y a un certain règlement des rapports entre les hommes. Nous laisserons cette énumération exemplificative aux traités de sociologie, en nous bornant à rappeler ce qu'écrivait récemment M. Westermarck dans son remarquable ouvrage *The origin and development of moral ideas* : « ...Différentes données prouvent que même les races les plus basses ont certain sentiment de justice, la fleur de tous les sentiments moraux[1] ».

Mais cette induction *per enumerationem simpli-*

1. V. Westermarck, chapt. V, p. 124.

cem donnerait une expérience qui, pour employer encore des mots de Bacon, ne serait qu'une *mera palpatio* de la réalité[1]. Il faut intégrer cette induction par ces moyens que la logique enseigne.

Certes, la matière, que nous étudions, ne se prête pas à être soumise à tous ces procédés qui étaient déjà conseillés par le vieux chancelier d'Angleterre. Nous pouvons toutefois en essayer quelques-uns.

Quant à la variation de l'expérience, par exemple, on peut comparer les sociétés humaines aux sociétés animales. Les études qui ont été faites sur celles-ci nous apprennent que dans telles de celles-ci il y a déjà une sorte d'organisation; mais, par définition, si l'on entend par droit un *vinculum societatis humanae*, on ne peut pas parler d'un droit des sociétés animales ou, au moins, celui-ci n'entre pas dans le cadre de nos études. D'ailleurs, si la société humaine n'est que le produit d'une évolution, d'une spécification de la vie associative, telle que nous la trouvons dans les animaux eux-mêmes, comme l'intelligence humaine n'est qu'un perfectionnement des instincts des autres animaux, il n'y a pas, et il n'y a jamais eu — en général — sauf des exceptions pathologiques ou des pratiques particulières dans lesquelles il y a des éléments tout à fait spéciaux, par exemple de nature religieuse — de rapports juridiques entre les hommes et les animaux. Si l'on ne peut concevoir un animal inférieur doué de véritables droits, d'une prétention juridique vis-à-vis des hommes, il est aussi inconcevable qu'un homme (sauf des cas

1. V. Mill, Book III, chapt. III, 2, p. 205.

pathologiques) pense avoir des rapports juridiques avec des animaux inférieurs. L'homme, en étendant la comparaison dont nous avons parlé, peut sentir de la pitié pour tel animal inférieur : mais la pitié n'a rien à faire avec le droit.

Quant au renversement de l'expérience, il faut l'entendre ici d'une façon un peu différente de celle dont parle Bacon. La preuve du contraire ne peut, dans ce cas, être conçue que comme une substitution artficielle de tel objet pensé à un objet réel. Il faut imaginer ce que serait une société sans droit. C'est le rêve des anarchistes, mais les anarchistes partent d'un postulat tout à fait particulier : ils présupposent les hommes différents de ce qu'ils sont, c'est-à-dire s'aimant mutuellement et se respectant sans qu'il soit besoin de contrainte. Or, s'il est vrai que jusqu'ici la vie sociale — tout en étant d'une part association et coopération — n'a été d'autre part, par la simple raison de la concurrence des besoins[1], que conflit et lutte parmi les hommes, ce procédé logique du renversement de l'expérience toucherait de très près à ces autres procédés, la compulsion de l'expérience qui, nous enseigne Bacon, « fit, ubi urgetur et producitur Experimentum ad annihilationen vel privationem virtutis » et les hasards de l'expérience (« experimentandi modus plane irrationalis — écrit Bacon[2] — et quasi furiosus »). En effet, si le droit ve-

1. Nous sommes redevables à M. F. Paulhan de quelques observations suggestives et même un peu exagérées sur la contradiction entre le moi individuel et le moi social.

2. V. Bacon, *De dign. et augm. scient.*, V, II. *Works*, vol. I, pp. 630 et 632.

nait, par une folle hypothèse, soudainement à manquer, les hommes restant tels qu'ils sont, il n'y aurait très probablement plus de société : il y aurait la révolte, le pillage, le brigandage, le *bellum omnium contra omnes,* état qui n'est ni social, ni naturel (contrairement à ce que pensait Hobbes[1]) mais tout à fait anti-naturel et anti-humain.

L'induction directe et les procédés d'intégration de celle-ci nous démontrent, donc, que qui dit société dit droit. Le droit, entendu comme réglementation des rapports entre les hommes (proportio), est mieux qu'un produit, un aspect nécessaire, une *condition* de la vie sociale, car non seulement il n'y a jamais eu, mais, les conditions psychologiques des hommes demeurant dans leurs traits essentiels identiques à celles d'aujourd'hui, on ne peut même concevoir une vie sociale sans droit.

Ce n'est pas encore tout. Nous avons dit que dans la conscience de tout homme normal, à tout moment de la vie sociale, doit se former l'idée du droit. Il faut prouver cette assertion. Si par idée du droit on doit entendre comme nous avons vu, la notion des rapports entre le *moi* et les autres, il est aisé de comprendre que cette notion est indispensable à tout homme qui doit vivre la vie de la société qui l'entoure. Un homme pourra se refuser à la vie sociale qu'il est contraint à vivre : mais on ne se rebelle qu'à des conditions de vie qu'on connaît. Même les rebelles, même les apôtres, qui, dans leur monoïdéisme, hâtent leur vie dans une société idéale, ou font tous leurs efforts

1. V. Hobbes, *Elem. philos. de cive*, I, I, IIX, p. 71.

pour changer la société actuelle, doivent commencer par connaître cette société, qu'ils veulent réformer. Il y a eu des époques dans lesquelles des hommes furent conçus non comme des sujets, mais comme des objets de droit; non comme des personnes, mais comme des choses : mais les esclaves mêmes durent connaître, mesurer, pour ainsi dire, l'ensemble des rapports qui les liaient à autrui, et, entre eux, sinon envers leurs maîtres, ils avaient des relations, qui peuvent être conçues comme juridiques, même si le droit de l'époque — le droit romain, par exemple — ne leur reconnaissait point ce caractère. Et si l'idée du droit est quelque chose de variable d'homme à homme, non seulement pour la variété des rapports qui relient les hommes, mais aussi pour la diversité des aptitudes intellectuelles des hommes, et si la notion qu'a de tous ses droits tel homme cultivé, tel sénateur, par exemple, qui, étant membre de la haute Cour de justice, se conçoit lui-même comme juge, comme législateur, comme citoyen, etc., etc., est très différente, non seulement par son contenu, mais aussi par sa vivacité (pour ainsi dire), de la notion de ses droits qu'a, par exemple, tel paysan qui pourtant est époux, père, électeur, petit propriétaire, etc., etc., on ne saurait néanmoins concevoir un homme social, c'est-à-dire un homme normal, qui ne se fasse aucune idée des rapports sociaux qui l'entourent, qui ne fasse usage d'aucun des droits que la société lui a conférés. Un des caractères de la folie est le désir, le besoin de solitude, l'ignorance du milieu, tandis que l'homme normal vit parmi ses semblables. Cependant l'idiot et le fou, eux-mêmes, jouissent des droits de se promener,

de se nourrir, etc.; droits, dont, parfois, ils n'on pas conscience, mais qui, même sans qu'ils s'en doutent, leur sont garantis par autrui, par l'ordre juridique.

Mais ce sont même ces altérations pathologiques du type humain, ces absences pathologiques de l'idée de tout rapport avec le *non moi*, avec l'*alter*, qui nous prouvent que le moi, l'*ego* normal a, comme attribution indispensable, c'est-à-dire comme condition de sa vie sociale, la notion de ses rapports avec les autres hommes, avec l'*alter :* à savoir, l'idée du droit.

11. Quelles sont les conditions pour la naissance de l'idée de droit? Quels en sont les caractères?

De ce que nous avons dit jusqu'ici il est aisé de comprendre que, pour nous, la première condition pour l'origine de l'idée de droit est la coexistence de plusieurs hommes, c'est-à-dire la vie sociale. L'idée du droit ne pourrait pas naître dans la conscience individuelle, si l'homme ne vivait pas en société avec les autres hommes.

Stirner a bien raisonné, lorsqu'il a dit qu'il voulait rayer de son vocabulaire le mot *Droit*[1]; son *Unique*, qui peut être conçu comme un point d'arrivée, à savoir la délivrance de tous les liens sociaux, ne peut être un point de départ, car même pour parvenir à la notion de cet *Ich*, qui pourtant est différente de celle de Fichte[2], il faut passer par un stade de vie sociale. De même qu'on ne peut parler du *droit* de cet *unique*, on ne peut, non plus, parler de sa *propriété*, dans le sens juridique du

1. V. STIRNER, II. Abt., II., 1, p. 244.
2. V. *ibid.*, II. Abt., II, p 213.

mot : cette *propriété* ne peut pas être une catégorie juridique, du moment qu'on veut violemment briser tous les liens qui rattachent l'homme à la société.

L'Unique est un mythe; mais, même si on pouvait imaginer un seul individu sur la terre, on pourrait le penser doué de besoins, d'appétits, même — si vous voulez — de sentiments moraux et religieux, mais, s'il n'eût eu aucune expérience de la vie sociale, on ne pourrait pas le penser doué ni de droits ni d'un sentiment juridique.

Même l'homme seul, même Robinson Crusoé serait porté à chercher dans le milieu naturel où il vit les moyens de satisfaire à ses besoins : il tâcherait de chasser, de pêcher, de cultiver la terre. Et alors nous aurions immédiatement des faits, une série de faits économiques : on peut donc concevoir une économie, même en faisant abstraction de la vie sociale. On peut aussi imaginer un individu, qui, attiré et épouvanté par le mystère de l'univers, pense que tout *this universal frame* (pour employer une phrase de Bacon[1]) est gouverné par une personnalité en quelque sorte semblable à la sienne, et pense établir des rapports avec celle-ci : et voilà un fait religieux. On peut même imaginer cet unique, qui s'abstient d'un excès de nourriture en prévision des conséquences dangereuses à son organisme, de la douleur qu'il pourrait en ressentir ensuite; qui tâche de se perfectionner dans la chasse, etc. : voilà des faits d'hygiène et d'industrie, mais voilà aussi des faits, en quelque sorte, mo-

1. BACON, *of Atheism*, Essays, XVI. *Works*, vol. VI, p. 413.

raux : voilà des devoirs, que l'individu conçoit envers soi-même.

Mais pourrait-il, cet Unique, penser à une limitation de ses propres forces, à l'abstention de la part d'autrui d'actions qui pourraient lui être nuisibles, s'il n'a jamais vu d'autres hommes? Peut-il parvenir à la conception de la propriété, dans le sens juridique du mot, c'est-à-dire d'une faculté d'employer sa chose d'une façon plutôt que d'une autre, sans que personne ne piétine sur le sol qu'il a cultivé, ne limite sa liberté sur les choses qu'il possède, sur ses instruments de travail? Si un animal inférieur, si une bête venait l'attaquer, il la repousserait de toute sa force; mais peut-il même penser qu'un individu de son espèce vienne discuter avec lui le fondement de sa propriété, lui disputer les fruits du sol?

L'Unique n'aurait pas de liberté, c'est-à-dire des facultés réglées par telle ou telle norme d'agir; il aurait de la licence, c'est-à-dire la faculté absolue et illimitée de faire tout ce qu'il voudrait. Il n'aurait pas des droits, c'est-à-dire des facultés qui dussent être reconnues par ses semblables et même protégées contre ses semblables; il n'aurait que des besoins à satisfaire sans possibilité de frein, de contrôle autre que le sien propre, individuel, sans possibilité de contrainte, autre que celle, naturelle, opposée ou par la limitation des biens ou par l'épuisement de ses forces qui agissent sur le milieu.

Un des plus remarquables philosophes italiens du XIXe siècle, Rosmini, a dit, dans sa *Philosophie du droit*, que « de la notion du droit en général on pourrait exclure non seulement le concept de société, mais

aussi celui d'une *réelle* coexistence, celui d'une coexistence possible suffisant. Nous affirmons — dit-il — que l'idée du droit existerait même avec un seul individu de l'espèce humaine, pourvu que celui-ci se considérât soi-même dans une relation hypothétique avec ses semblables possibles[1]. » Soit. Mais on peut toujours se demander comment pourrait naître dans la conscience d'un individu unique la notion de la possibilité de l'existence d'autres hommes. Et lorsque Fichte nous dit que le concept du droit est condition de la conscience de soi, et est déduit de la pure forme de la raison, du moi, nous pouvons toujours lui demander comment s'est formée cette conscience du moi humain, du moi social. Si, comme l'admet Fichte lui-même, ce moi n'est devenu le moi d'un homme social que parmi des hommes; et si, même pour *concevoir* le droit, il faut admettre, au moins, comme le veut Rosmini, une relation hypothétique avec d'autres hommes — nous pourrons dire que l'idée du droit est une idée dont on ne s'explique pas la naissance en dehors de la vie sociale; que le droit naît dans — ou mieux, avec la société, et l'idée du droit n'est pas de ces idées qui, pour ainsi dire, puisse surgir et se consommer dans le cercle étroit d'une conscience individuelle, mais a, comme un de ses caractères les plus marquants, le cachet — pour employer un mot de M. Petrone, qui répond très bien à ce que nous venons de dire — de l'*altérité*[2].

1. ROSMINI-SERBATI, *Della natura del diritto e della sua relazione col dovere*, cap. II, Art. IX, pp. 146-147, note.
2. PETRONE, 3, Riv. it. per le sc. giur., vol. XXV (1898), p. 340. — V. aussi 2, pp. 39 et suiv., partic. pp. 45-66.

Nous avons vu que l'idée du droit est une idée *sociale;* qu'elle ne peut pas naître — croyons-nous — hors la société. Avec cela, nous avons déjà touché au deuxième point, au deuxième caractère de l'idée du droit : elle est une idée qui se forme avec l'expérience — une idée d'origine *expérimentale.*

Mais n'y a-t-il rien d'extra-expérimental, d'aprioristique dans cette idée? Nous croyons que non. L'existence d'une conscience normale, d'une part, qui est un produit biologique supérieur, mais avec cela un fait, rien qu'un fait, sans aucune floraison aprioristique; l'existence de la société, ou la coexistence de plusieurs hommes, d'autre part — sont, pour nous, les conditions nécessaires et suffisantes pour la naissance et le développement de l'idée du droit.

Il y a tel écrivain, qui parle d'une *vocation juridique de la conscience,* qui croit retrouver « dans le sentiment du juste... la preuve d'une *vocation idéale* de la subjectivité à la justice. » Mais — même sans observer que l'idée de justice est, selon nous (et nous le verrons dans le dernier chapitre de cet ouvrage) quelque chose de différent de l'idée du droit — il faut pourtant remarquer que cet écrivain, M. Del Vecchio, veut examiner la question du *sentiment juridique* au point de vue *logique;* c'est-à-dire, ils veut disposer « comme dans un cycle les fonctions différentes et connexes du sentiment du juste[1] », sans étudier l'origine de ce sentiment.[2]

1. V. Del Vecchio, 4, pp. 15, 25, 14, 24.
2. M. Kuhlenbeck croit que la psychologie du sentiment juridique doive être une « fundamentale Hilfswissenschaft » pour la phisophie du droit (p. 16).

Nous croyons, pourtant, que non seulement une *science*, mais une véritable *philosophie* du droit ne peut éluder l'étude de cette question. Et nous répétons qu'au point de vue génétique il n'y a rien d'aprioristique dans le sentiment juridique, dans l'idée du droit[1].

Nous avons dit que l'idée du droit est une idée qui surgit dans la société humaine : elle a pour présupposé, donc, l'existence d'une société. Mais, comme la seule condition naturelle des hommes est et a toujours été la vie sociale, on peut affirmer que l'idée du droit n'est pas quelque chose de successif, de dérivé de la vie sociale, mais plutôt est *connaturelle* à celle-ci. Inutile, donc, et spécieuse la fiction d'une vocation des hommes à la vie sociale : l'homme est essentiellement, et naturellement, un animal social.

L'autre postulat — ou, pour mieux dire, l'autre condition — de l'idée du droit, est l'existence d'une conscience humaine. Y a-t-il rien d'aprioristique dans celle-ci? Au point de vue génétique nous croyons que non. A ce point de vue, en effet, toute conscience humaine peut être considérée comme une spécification des forces infinies et indistinguées de la nature. Comme toute individualité, elle n'est que le point de rencontre de la ligne des moments du temps avec la ligne des points de l'espace, c'est-à-dire un moment de tous les coexistants et de tous les successifs, un rythme (tout en étant un miroir de ce rythme lui-même) du perpétuel devenir.

Ces deux faits donnés — l'existence de la société,

1. M. Kuhlenbeck dit que « das Rechtsgefühl ist in der Menschenseele nicht präformiert, sondern... höchstens prädeterminiert. » (p. 24).

d'une part; l'existence d'une conscience humaine, de l'autre — comment peut surgir l'idée du droit?

Devons-nous admettre que le sentiment juridique n'est qu'une pure dérivation, que l'idée du droit n'est qu'un pur reflet du droit positif? Cette conception, qui ne manque de quelques grains de vérité, a besoin d'être corrigée. Formulée ainsi, elle est inacceptable; car elle donne pour résolu un côté du problème qu'il faut résoudre : la formation du droit positif. Affirmer que le sentiment juridique n'est que le miroir du droit existant ce n'est pas expliquer ni comment ce droit positif s'est formé ni comment il peut se transformer : car, si tous acceptaient le droit tel qu'il est et personne ne se souciait de le modifier, le droit n'aurait jamais de progrès.

Ce n'est pas ainsi qu'il faut poser le problème. Il faut vraiment reculer la question si on veut essayer de la résoudre.

Tâchons de remonter le fleuve impétueux des siècles et faisons abstraction de toute organisation des sociétés primitives. Qu'est-ce que nous pensons trouver dans cet état crépusculaire, qui n'est point encore un véritable état humain, un véritable état social, mais qui est déjà quelque chose de plus qu'un simple état animal? Une horde, un groupe d'individus. Nous ne pourrons pas prétendre trouver chez ces hordes un ordre juridique tel que le nôtre, avec une division des pouvoirs, avec des règles générales et précises, avec des juges et des avocats! Ne pourrons-nous, non plus, supposer, dans ces hommes, une conscience évoluée comme la nôtre, capable de se passionner pour une idée abstraite et sensible à toutes

les délices de la musique ou de la peinture : c'est comme si nous prétendions trouver une *Divine comédie* ou une *Gioconda* chez des sauvages. La langue de ces hommes primitifs n'est pas si abondante ou si variée que la nôtre. Or, de même qu'un livre ne se fait pas tout seul, tout en laissant du papier blanc auprès d'un encrier ouvert et d'une plume préparée, une règle de droit ou une forme verbale ne se construisent pas toutes seules. Une horde humaine, une conscience humaine étant données, nous avons les matériaux du droit : nous n'avons pas encore le droit. Mais, toute primitive qu'elle soit, la conscience humaine, justement parce qu'elle est humaine, réagit de quelque façon aux actions extérieures. L'homme normal, de même qu'il mange et se meut, souffre et pense. Souffrances et pensées moins exquises qu'actuellement, dans ces temps primitifs, nous l'accordons, car l'expérience n'aura pas encore façonné une individualité si fragile que la nôtre, sensible, comme le haut sommet d'un peuplier, à tout souffle d'air. Mais — pourtant — souffrances et pensées humaines. Cet individu primitif, en lutte avec la nature extérieure, qui éprouve ses forces à tout instant vis-à-vis des animaux inférieurs, les éprouve aussi vis-à-vis de ses semblables. Il y a, certainement, une différence de forces, une différence d'aptitudes même dans ces époques les plus arriérées de la vie sociale, tout en admettant que ces aptitudes ne soient pas si spécifiées qu'aujourd'hui, car « plus on recule dans l'histoire, plus l'homogénéité est grande[1]. » Voici, de ce fait

1. V. Durkheim, p. 108.

naturel, qui remonte à des causes biologiques que la sociologie n'est obligée qu'à accepter comme une donnée sans se soucier de l'approfondir, une conséquence sociale de la plus générale importance : la *division du travail social*, à laquelle l'écrivain, que nous venons de rappeler, a consacré une très remarquable étude. Mais voilà aussi la source de la comparaison entre homme et homme et de l'idée du droit.

L'homme, comme nous avons vu, n'acquiert la conscience de son individualité qu'en vivant parmi d'autres hommes : l'homme acquiert la conscience d'autrui par des sensations, et par des sensations aussi il acquiert la conscience de soi-même. La comparaison, par laquelle il apprend à distinguer soi-même d'autrui, l'*ego* de *l'alter*, n'est qu'une comparaison de sensations.

Dans les temps primitifs ce sera surtout la force physique qui sera l'objet de la comparaison entre homme et homme. Dans le combat avec la nature extérieure, avec les animaux inférieurs, dans les duels entre deux individus humains pour la possession de la nourriture ou d'une même femme, ce sera le plus fort qui aura raison du plus faible, qui lui imposera son vouloir, ou — comme on dit aussi — sa loi. Le plus faible ne pourra que s'incliner devant le plus fort. Ce ne sera que plus tard que la ruse pourra avoir raison de la force. De là, la naturelle suprématie des plus forts dans les groupes primitifs.

Mais voudrions-nous évoquer les théories des sophistes grecs pour expliquer l'origine des lois? Soutenir avec Calliclès qu'à l'état de nature celui qui a la force a le droit, et que les lois ne sont qu'une ruse de la majorité des hommes faibles, qui, par la force

donnée par l'union, veulent enchaîner les individus qui isolément seraient les plus forts, en les domptant comme des jeunes lions ou soutenir, au contraire, avec Thrasymaque, que les lois ne sont que l'expression de l'empire des plus forts, qui imposent leur vouloir aux plus faibles? Pourtant, il y a une intuition du vrai dans ces théories. Et si l'on dit, avec Socrate ou Platon, que le droit et la loi sont une image de l'ordre universel, et ont pour leur source la divinité et la nature, et pour leur contenu la raison, on apporte des éléments assez imprécis dans la question.

Mais nous ne disons pas que les premières lois soient le produit ni d'une imposition des plus forts ni d'une ruse des plus faibles. Nous disons seulement que, dans les temps primitifs, à l'aube de la vie humaine, les plus forts durent dominer les plus faibles et avoir raison d'eux par la naturelle expansion de leur force. Mais d'ici à la formation de la loi il y a encore un long chemin. La loi écrite, et la coutume même, n'ont pas d'origines si simples : il s'y mêle une foule d'éléments religieux, qui font que les lois et les coutumes ne soient pas la pure expression de la prédominance physique des forts sur les faibles. Mais si le droit est, à la fin des comptes, une proportion entre les hommes, et si, pour cela, il y a eu toujours du droit dès qu'il y a eu une société humaine, et si, encore, proportion n'est pas égalité mais seulement rapport entre les hommes, on peut toutefois convenir qu'il y a déjà un germe de droit même si on imagine que le vainqueur d'un duel entre deux hommes primitifs impose son vouloir au

(1) V. PLATON, 1, I, 12, 338, pp. 14-15, ; et 2, XXXIX, 483 d-484, pp. 253-254.

plus faible. C'est le droit du poing, si vous voulez, le *Faustrecht*. « Le plus fort — pourtant, comme dit Rousseau — n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit, et l'obéissance en devoir ». Mais si, comme dit encore Rousseau, « force ne fait pas droit » et si « on n'est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes[1] » — et nous verrons qu'il ne suffit pas l'imposition de l'*ego* sans l'acquiescement, sans l'adhésion de l'*alter* pour qu'on parle de droit — pour rester sur le terrain des faits, il faut tout de même remonter à la force pour y puiser la source du droit.

Comme l'*équipollence* n'est qu'une des formes possibles du rapport entre deux forces, de même la forme contractuelle, à laquelle on ne parvient qu'après l'expérience d'une égalité entre l'*ego* et l'*alter*, n'est qu'une des formes — la plus parfaite, si vous voulez, mais non la seule — du rapport juridique.

Les relations actuelles entre les peuples civilisés et les peuples appelés barbares peuvent vous donner une idée de ce que durent être les relations entre les individus ou entre les groupes à l'aube de la vie sociale. Les armées de tel état civilisé font invasion, sans aucun égard à l'idée de justice, dans les terres habitées par un peuple barbare : et si la nation civilisée réussit à établir son domaine sur ce pays, elle n'a aucun scrupule pour le droit, pourtant consacré par la plus ancienne possession, de la nation indigène sur ce territoire. Mais si les indigènes savent repousser énergiquement l'assaut étranger, la chose change :

1. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre I, Ch. III, p. 641.

aux rapports de conquête se substituent ordinairement des relations pacifiques, des rapports de commerce, ou, tout au plus, s'établit un protectorat du peuple plus civilisé sur le moins civilisé.

Et c'était une idée, pleine de subtile et ironique philosophie, celle qu'exprimait un jeune diplomate japonais, qui disait, à l'époque de la dernière guerre : « Il fallait que nous autres, petits japonais, fussions capables de tuer des milliers d'européens, pour que l'Europe nous considérât comme une grande puissance dans la société des États. »

Il en est de même dans les rapports entre les différentes classes sociales. C'est seulement après les agitations du quatrième état qu'a prospéré la législation ouvrière — reflet de l'accroissement de son pouvoir.

C'est ainsi que les peuples, en se connaissant et en expérimentant l'équipollence de leurs forces, entrent en des relations contractuelles. C'est ainsi que les classes, en apprenant à se connaître, apprennent à se respecter. Et c'est ainsi que le progrès du droit n'est que le résultat d'une comparaison qui s'étend.

Nous avons dit que, sans accepter tout à fait les théories de ceux qui disaient que le sentiment juridique est une pure dérivation du droit positif, nous reconnaissions pourtant qu'il y avait dans cela quelque chose de vrai. Tâchons d'éclaircir ce qu'à notre avis il y a d'acceptable dans ces théories.

L'idée du droit est, pour nous, une idée d'origine *sociale* et *expérimentale :* voilà deux de ses caractères. Mais en voici un troisième : elle est, d'abord, selon nous, une idée *d'adhésion.*

Que signifie ce terme? Nous ne disons ni que le droit écrit crée le sentiment juridique, car ce sentiment, comme synthèse des rapports de l'*ego* avec l'*alter*, doit préexister à toute loi; ni qu'il y a une disposition innée, une vocation à la vie sociale, à l'adhésion (c'est ainsi que nous traduisons — librement — le mot *Anerkennung* en français, dans ce cas), ou une détermination consciente pour fonder un ordre juridique — car il ne s'agit pas, ici, de quelque chose de réfléchi, de contractuel, d'antérieur à la vie sociale. Le droit est concomitant à l'expérience sociale, est connaturel à la vie sociale.

Mais l'homme ne devient homme qu'en acceptant tels rapports avec le milieu. La société, siège naturel de toute vie humaine, n'impose pas tout à fait ses préceptes : elle les inocule — si on peut employer ce mot — dans la conscience humaine, qui, sans cela, ne deviendrait pas une conscience apte à la vie sociale. De même que l'intelligence ne se forme qu'en vertu de l'*Anerkennung* des objets, la conscience de l'homme social ne se forme qu'en vertu de l'*Anerkennung* des principes fondamentaux, des conditions actuelles de la coexistence humaine. Le théoricien de l'*Anerkennung* comme moment constitutif du droit est M. Bierling[1]. Contre sa théorie on a élevé plusieurs

1. Et il y revient très souvent. V. BIERLING, 1 et 2 *passim*. Il écrit : « Um es mit einem Worte zu sagen, Anerkennung (ohne weiteren Zusatz) ist mir ein stetiges, ununterbrochenes, habituelles Respectiren sich gebunden oder unterworfen Fühlen in Beziehung auf einen gewissen Gegenstand, insbesondere auf gewisse Grundsätze. Speciell rechtliche Anerkennung aber oder Anerkennung als Recht ist mir das dauernde Anerkennen von Grundsätzen innerhalb eines gewissen Kreises, einer gewissen Mehrheit zusammenlebender Personen als

critiques. On a dit, par exemple[1], que chez Bierling la distinction entre la conception de l'*Anerkennung* comme fait psychique et celle de l'*Anerkennung* comme exigence logique manque de clarté; que l'*Anerkennung* est défectueuse, car elle ne serait qu'un fait intellectuel et non une impulsion volontaire; qu'elle serait inconsciente et unilatérale et ne pourrait pas expliquer toute la phénoménologie juridique; qu'elle serait vide d'un contenu déterminé et conduirait à un subjectivisme extrême. Nous n'avons pas à plaider en faveur de la théorie de M. Bierling : il nous suffit de remarquer que, même par les critiques de l'*Anerkennung*, on reconnaît qu'elle représente un louable essai de recherche des présupposés psychologiques du droit, de la phénoménologie juridique.

Or, nous ne prétendons pas que l'*Anerkennung* soit la clé magique de tout le droit, ni croyons-nous qu'elle soit le seul élément de l'idée du droit. Nous disons, seulement, que l'*adhésion* représente *un* des caractères de l'idée du droit, *un* de ses moments formatifs.

Nous disons, en effet, que, si on s'inspire à la théorie de Fichte, dont nous avons déjà parlé, en y voyant non seulement l'expression d'une exigence logique,

Norm und Regel dieses Zusammenlebens. » (1, I. Th., p. 8). Il dit aussi : « Auch die unfreiwillige Anerkennung bleibt Anerkennung, und zwar umfasst dieselbe nicht nur die abgenöthigte, erzwungene, sondern auch die unbewusste, unwillkürliche Anerkennung. » (*ibid.*, p. 6; v. p. 82). V. aussi *ibid.*, p. 66 et 351-364; 2, I. B., pp. 40-47. — Il parle d'une *Anerkennung* directe et indirecte, consciente et inconsciente. Il dit que « die (directe) Anerkennung der Rechtsnormen als Gemeinschaftsnormen von Genossen gegenüber Genossen... den letzten Grund der Geltung alles Rechts bildet. » (2, II. B., p. 294.)

1. V. Petrone, 4, pp. 120-137.

métaphysique de la vie sociale et du droit, mais aussi une intuition profonde de la formation même de la conscience de l'homme social, et si on accepte les considérations psychologiques de M. Baldwin, qui, comme nous avons vu, ont des analogies avec les idées de Fichte, on doit — logiquement — parvenir à l'acceptation de l'*adhésion*, de l'*Anerkennung*, comme un des moments de l'idée du droit. L'*ego*, qui, après avoir eu la conscience originaire de ses énergies, les compare avec celles d'autrui, et reconnaît dans soi-même l'image de l'*alter*, se conçoit comme un *alter* intime, débute dans la vie sociale par une adhésion à celle-ci; et c'est sur la base de cette adhésion qu'il construit la conception de ses rapports avec autrui, de ses liens avec le milieu.

Ce n'est donc pas encore l'adhésion à un ordre juridique, à un ensemble de lois positives déjà constituées; mais seulement l'adhésion à un ensemble de conditions de fait que l'on trouve, à notre avis, à la racine de l'idée de droit. Il faut faire adhésion à la condition de fait pour y fonder sa prétention. La société, le milieu façonne d'abord les consciences d'une manière qui lui soit convenable. L'idée du droit, entendue comme la conception des rapports qui relient l'individu aux autres hommes, n'est pas une idée critique des conditions de fait; tandis que l'idée de justice, comme nous verrons dans le dernier chapitre de ce livre, renferme en soi-même ce caractère critique des conditions actuelles; et, pour cela, elle naît plus tard que l'idée du droit dans la conscience humaine et dans l'histoire de la société.

Pour en finir avec ces caractères de l'idée du droit,

il reste un dernier point à discuter. Est-ce — demandait-on — le sentiment, la connaissance, la volonté qui donne naissance à l'idée du droit? C'était l'ancienne psychologie, qui classait ainsi les différentes facultés de l'âme. Mais, récemment, on a dit très bien — par la voix d'un penseur italien, M. Carle[1] — que le point de repère pour la construction du monde juridique est l'activité humaine (*il potere operativo dell' uomo*) : en effet, le droit rentre dans la vie pratique. La philosophie du droit est une philosophie de l'action; l'idée du droit est, en même temps, un présupposé et un reflet de l'action. Si on veut décomposer cette idée dans ses facteurs, on trouvera non moins un élément sensitif dans la première phase de l'*ego* qu'un élément volitif dans la comparaison que l'*ego* institue avec l'*alter* et un élément intellectif dans la conception de l'*ego* et de l'*alter* comme d'un *socius*. Mais la psychologie moderne ne fait pas toutes ces distinctions, et accepte comme un postulat l'*unité de la conscience*. Sentir, vouloir, penser ne sont que des aspects de la conscience.

A la racine de laquelle est cet obscur sentiment organique, que Condillac appelait le sentiment fondamental de l'existence et Maine de Biran le sentiment de l'existence sensitive. La physiologie moderne a fait honneur à cette idée, et a parlé d'un sentiment général de l'existence du corps, d'une *cénesthésie*, en appelant ainsi cet « assemblage des sensations intérieures qui sont suscitées dans les centres par la somme des excitations qui leur proviennent soit des

1. V. Carle, § 36, pp. 69-70.

viscères, soit des muscles, soit de la surface cutanée[1] » — cénesthésie, qui donne la tonalité, pour ainsi dire, à la personnalité.

Dans cet enseignement de la physiologie nous trouvons une source d'analogies précieuses pour notre sujet.

Le *moi* n'est pas seulement une individualité physiologique ou psychologique; il est une individualité sociale. Comme la cénesthésie est le sentiment global, le ton du *moi* physique, on pourrait dire que l'idée du droit, assemblage des notions plus ou moins distinctes sur les rapports qui relient l'individu aux autres individus vivant dans le même milieu (quelques-uns supérieurs à lui par âge, force, talent, situation, vers lesquels la société le contraint à une aptitude d'obéissance; d'autres inférieurs à lui, plus jeunes, plus faibles, situés moins haut que lui dans l'échelle sociale, vers lesquels la société l'autorise à une aptitude de supériorité) est le ton du *moi* social. Comme la cénesthésie est « le fondement corporel de la personnalité individuelle », le « lien de la vie psychique avec la vie physiologique[2] » — l'idée du droit, qui est pour nous (et voilà son dernier caractère) une idée *intégrale* des prétentions et des responsabilités que l'homme a envers les autres individus vivant dans le même milieu, pourrait être appelée la cénesthésie du *moi* social, car elle nous apparaît comme l'assemblage des réactions individuelles aux actions du milieu, le lien de la vie sociale à la vie indi-

1. V. Luciani, p. 2.
2. V. Luciani, pp. 60 et 59.

viduelle, le fondement psychologique de la personnalité sociale.

M. Ribot, à qui nous sommes redevables de plusieurs observations classiques sur les maladies de la personnalité, a observé qu'en général on ne s'aperçoit pas de ce sentiment fondamental de l'existence physique, comme on arrive vite à oublier, à ne plus entendre le bruit continu et monotone d'une voiture, où l'on est renfermé; mais, comme on s'aperçoit immédiatement de la cessation de ces rumeurs, on s'aperçoit aussitôt de la paralysie de tel ou tel autre membre du corps[1]. Voici encore une analogie entre la cénesthésie et l'idée du droit. Même celle-ci sommeille d'habitude au fond de la conscience de l'homme social, lorsqu'il n'est pas gêné dans le déploiement de ses forces. C'est seulement la douleur qu'il éprouve lorsqu'il ressent une lésion, qui éveille ou réveille dans sa conscience l'idée du droit[2]. Et, pour cela, nous pourrons conclure avec M. Gaston Richard[3] que « si l'homme était indifférent à la douleur, il ne serait jamais devenu un être juridique ».

12. Essayons, à présent, de déterminer le contenu de l'idée du droit — qui, pourtant, « en raison de la facilité avec laquelle le mot glisse d'une acception à une autre, est une idée fuyante et malaisée à saisir[4] ».

L'idée du droit, étant — selon ce que nous venons

1. V. Ribot, chap. I, p. 24.
2. V. Ihering, 1, p. 41, et Kuhlenbeck, pp. 19-20.
2. V. Richard, p 166.
4. V. Joly, p. 171.

de dire — une idée intégrale, embrasse ou peut embrasser tous les rapports qui relient ou peuvent relier un homme aux autres hommes. Elle contient, donc, une marque de *licéité* attachée à telles actions, d'*illicéité* (qu'on nous permette d'employer ces néologismes, qui nous seront bien utiles dans tout le cours de notre travail) attachée à telles autres[1]. Licite est ce qu'on peut faire sans rencontrer aucune opposition possible, aucune sanction dans le milieu.

Illicites sont ces actions, dont l'accomplissement expose ou peut exposer leur auteur à une sanction dans le milieu[2].

Il serait bien ingénu et par trop simpliste — pourtant — réduire le caractère de licéité et d'illicéité des différentes actions à un jeu d'actions et réactions physiques, tandis que le jeu même — comme toutes les observations faites sur tous les peuples nous le démontrent — est beaucoup plus compliqué.

Si tel homme fort (si tout homme fort a la conscience de sa force) à l'époque la plus arriérée de la vie sociale, devait concevoir comme licite tout ce qu'il pouvait obtenir par le simple emploi de sa force, qui n'avait d'autres limites que les résistances naturelles; et si un homme faible, à cette même époque,

1. « Das Recht — écrit RUMELIN — ist ein Ordnungsbegriff; zu einer Ordnung gehören aber immer zwei Dinge, etwas was ordnet und etwas was geordnet wird. » Les rapports de la vie fournissent la matière, la substance au droit, qui « zeichnet nur seine ordnenden Linien hinein. » (1, pp. 81 et 82.)

2. Qu'on médite les mots de GROTIUS : « Agendi impunitas improprie jus dicitur » (*De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. V, XXVIII; T. II, p. 225.)

devait reconnaître impossible, et pour cela illicite, de s'opposer aux prétentions du plus fort — très tôt, pourtant, une foule d'éléments nouveaux vinrent compliquer l'attribution de licéité et d'illicéité aux actions humaines.

L'imagination des hommes primitifs, comme celle des enfants, bien loin d'être simple, est tout au contraire d'une complication extrême. Dans les temps — que tels penseurs appelèrent naturels — les recherches modernes ont démontré que presqu'aucun fait n'est conçu comme naturel. La simplicité de toute conception est le produit d'une longue évolution mentale et sociale.

A la racine de tel fait, de tel objet on pensait — dans ces temps arriérés — qu'était liée une puissance inconnue : d'où la défense d'y toucher, par crainte de réveiller cette puissance, d'attirer sa vengeance, de rencontrer — en d'autres mots — une *sanction* qui fût attachée à cette action. Il n'était donc pas licite de toucher à certains objets (*tabu*).

Des animaux, qu'on aurait pu facilement tuer, furent imaginés comme les ancêtres du groupe (*totem*) ; et l'on considéra illicite de les tuer.

Sacrum n'était pas seulement un objet vénérable, mais aussi un objet terrible. *Sacer* est aussi l'homme qui s'est souillé avec tel crime ; il doit être isolé, il ne peut pas être approché par personne, de peur qu'il lui transmette sa souillure.

On ne juge *licite* que ce qu'on juge *utile ;* mais non tout ce qui serait utile est licite.

Le critère de la licéité et de l'illicéité (comme ensuite, dans la société des États) change, selon

qu'on considère les rapports internes du groupe ou les rapports entre des groupes différents.

Si on juge illicite, presque toujours, sauf des exceptions spécifiées, de tuer un autre membre du même groupe, vu l'idée de la parenté de sang qui unit les individus qui appartiennent au groupe et vu aussi la peur de se souiller en tuant des parents (qu'on pense aux tragédies des Atrides), en dehors du groupe le meurtre ou le pillage peut être réputé licite ou même honorable. Dans l'*Iliade*, par exemple, les grands voleurs sont célébrés comme des héros. Et cela probablement parce que le meurtre dans le sein du groupe trouble la paix, tandis que le meurtre ou le pillage en dehors du groupe augmente les ressources ou la renommée du groupe même. La chose n'est pas bien différente dans les relations internationales actuelles, surtout dans les rapports entre les peuples civilisés et les peuples barbares.

L'idée du droit embrasse, sous un certain aspect, toutes les actions humaines : tout ce qui est en deçà de cette ligne est licite, tout ce qui est au delà est illicite. Mais la ligne se déplace continuellement. L'idée du droit est une marque de distinction des actions humaines.

N'embrasse-t-elle que des faits humains? Tout le monde sait que dans les siècles passés on a fait des procès à des animaux inférieurs et même, dans certaines époques, à des objets inanimés. Mais c'est toujours un critère animiste et anthropomorphique qui présidait à ces pratiques.

On peut considérer, enfin, l'idée du droit, de même

que l'idée de personnalité selon M. Baldwin[1], comme une idée *bipolaire.* Et cela en deux sens.

L'idée du droit est une idée à double face — qui, d'une part, autorise l'homme à exercer ses énergies dans le milieu social, et, d'autre part, lui montre l'ensemble des limites qui sont opposées à ses actions dans le milieu dans lequel il vit : d'une part, donc, cette idée légitime sa *facultas agendi ;* d'autre part, lui impose une règle, une *norma agendi.*

Mais ce n'est pas tout.

D'une part, l'idée du droit contient les éléments des *prétentions* de l'individu vis-à-vis d'autrui et de la *tutelle* qui s'étend à protéger telle sphère de ses actions. D'autre part, l'idée du droit a, à ses yeux, les caractères de la *sanction* qui menace ses actions s'il dépasse telle ligne, de la *responsabilité* des conséquences auxquelles il peut s'exposer s'il empiète sur la sphère d'action d'autrui.

Tous ces éléments seront éclaircis dans les chapitres suivants.

13. Les observations de biologie comparée nous révèlent que, dans les espèces inférieures, il y a une sorte de *conscience coloniale* parmi les êtres appartenant au même groupe, au même aggrégat[2]. En montant aux degrés supérieurs de l'échelle biologique on trouve toujours plus nette la notion d'individu, qui atteint son maximum dans l'humanité. Tout individu normal de l'espèce humaine a la conscience de son individualité, de sa personnalité.

1. V. Baldwin, 2, p. 25.
2. V. Ribot, pp. 152-153 et 154-158; et Le Dantec.

Mais il paraît que, même dans ce point, l'évolution de la race humaine n'est qu'une récapitulation de l'évolution animale. De même qu'il y a une *conscience coloniale*, c'est-à-dire une conscience non individuelle mais collective, aux plus bas degrés de l'échelle animale, on peut parler, sans métaphore, d'une *conscience juridique collective* dans les premiers groupes humains. L'individu, en dehors du groupe, n'a ni valeur économique ni responsabilité juridique. Si son action individuelle offense tel membre d'un autre groupe, ce sera tout le groupe auquel l'offenseur appartient qui sera responsable de son action. Si, au contraire, il est offensé, ce sera tout son groupe qui se sentira solidaire de lui et réagira contre le groupe étranger. Les pratiques de la vengeance collective et de la responsabilité collective représentent vivement cette condition de la conscience juridique collective[1].

Mais comme l'individu humain, qui est au sommet de l'échelle zoologique, a déjà une personnalité psychologique distincte, les choses se passeront d'une autre façon dans le sein du même groupe. Là, il y aura, dès les premières époques de la vie sociale, un commencement de différenciation, d'individualisation. Là, il y aura tels rapports de subordination ou de suprématie d'individu à individu. Là, enfin, il y aura une certaine organisation et division des fonctions. Et, si tel individu se rend coupable envers autrui, il pourra s'exposer à des sanctions particulières, dont la plus terrible est sans doute l'exclu-

1. V. DUPRAT, surtout 2e partie, chap. III.

sion du groupe, le bannissement, qui le laissera à la merci de toute offense extérieure, sans aucun qui le protège et l'aide à se défendre. Les premiers individus humains, qu'on trouve isolés, sont, peut-être, ces criminels.

On doit, donc, même dans les époques les plus arriérées de l'histoire, faire une distinction entre les rapports intérieurs des groupes et les rapports de groupe à groupe. Tous les hommes, à toute époque de l'histoire, ont et ne peuvent manquer d'avoir le sentiment de leur appartenance à tel *moi* collectif : que ce soit la caste, la famille, la cité, l'école, la classe, la nation, la patrie, on sent toujours qu'on appartient à un ou plusieurs groupes, à la fois, qui comprennent le *moi* individuel. C'est ce sentiment qui nous fait, par exemple, chauvins — surtout à l'étranger — car nous sentons qu'en louant notre pays, nous louons un être auquel nous appartenons et qui nous appartient, qu'en offensant notre patrie, on nous offense nous-mêmes.

Mais, tout en constatant cette permanence de quelque élément collectif dans notre idée du *moi* et dans notre idée du droit, on peut, d'autre part, affirmer que l'idée du droit s'individualise de plus en plus. Le droit, qui n'était reconnu dans l'individu qu'en raison de son appartenance à un groupe, à une cité, à une caste, est reconnu, de plus en plus, dans l'homme comme tel, sur le simple fondement de son *humanitas*, indépendamment de toute incorporation à un État, à une famille, à une religion.

En même temps qu'elle s'individualise, l'idée de droit se socialise, s'universalise de plus en plus. Et

cela par un procédé aussi naturel. Les classes, qui étaient exclues de la protection juridique ou considérées comme inférieures s'imposent aux classes jadis dominantes : des peuples, qui n'étaient point connus ou appréciés dans toute leur force par les autres peuples, entrent en rapport avec eux.

Nous ne pouvons ici pas même esquisser cette évolution incontestable de l'idée du droit, due à une masse de facteurs, idéaux non moins qu'économiques.

Les rapports commerciaux, les conquêtes romaines, les croisades — expéditions commerciales aussi bien que religieuses — l'organisation des corporations ouvrières, la découverte du Nouveau Monde, les guerres et les relations de tout genre entre les différents États, l'élévation de la bourgeoisie, la grande industrie et la formation consécutive de la conscience collective de la classe ouvrière, l'expansion commerciale et coloniale des États modernes — voilà les principaux facteurs du progrès de socialisation, d'universalisation de l'idée du droit, progrès accompagné et même quelquefois accéléré par les idées des philosophes, la fraternité chrétienne, la diffusion des théories scientifiques, les déclarations des droits. A toute étape, c'est une nouvelle liberté, c'est un nouveau droit, qui s'affirme.

L'idée de droit s'individualise et se socialise de plus en plus, parce que la comparaison entre l'*ego* et l'*alter*, qui est à sa racine, s'étend elle-même de plus en plus.

Kant écrit que tout concept peut être considéré comme un point qui, comme le point de vue où se trouve tout spectateur, a son horizon, c'est-à-dire

une multitude de choses qui de ce point peuvent être représentées et comme parcourues des yeux. Dans l'intérieur de cet horizon on peut se représenter une multitude infinie de points, dont chacun, à son tour, a son horizon plus étroit. Mais on peut imaginer aussi un horizon plus vaste qui comprenne le premier et tous les autres[1].

On peut comparer l'idée de la personnalité et l'idée du droit au concept de Kant. En s'étendant les rapports humains, s'étend l'horizon qui peut être contemplé de la personnalité humaine, s'étend la comparaison qu'elle peut instituer entre elle-même et les autres personnalités : et s'étend, en même temps, l'idée du droit[2].

1. V. Kant, 1, Elementarlehre, II. Th., II. Abth., II. Buch., III. Hauptst., p. 513.

2. V. Hegel, 2, III. Th., II Abschn., B, § 209, p. 270. — Cattaneo écrit : « Dal caos delle istorie antiche e moderne sorge... un *fatto costante ed universale*, una *legge*, ed è l'azione d'una forza morale che scaturisce dalla coscienza al lume d'una nuova idea, e spinge le genti verso una sola e *universale associazione*, che è l'attuazione del *diritto universale*. Il principio di questo diritto sta in ciò che l'*uomo riconosce in ogni uomo il suo simile;* che l'uomo riconosce i*n tutti li uomini sè stesso;* che l'uomo sente *nell'io l'umanità.* » (Cap. I, 12; p. 334).

CHAPITRE II

NATURE, SOCIÉTÉ, ORDRE JURIDIQUE

14. *Considérations préliminaires.* — **15.** *L'idée d'ordre naturel.* — **16.** *Ordre naturel et vie humaine.* — **17.** *Ordre économique, ordre juridique, ordre moral.* — **18.** *Ordre juridique et droit naturel.*

14. On parle souvent, parmi les juristes, d'ordre juridique. On dit, par exemple, qu'avec ses commandements l'ordre juridique s'adresse seulement à des hommes[1]; que la force obligatoire de la loi repose sur l'ordre juridique préexistant[2]; on fait allusion à un ordre juridique privé, positif, moderne, général[3].

Mais, toutefois, ni les théoriciens ni les philosophes du droit ne se soucient d'éclaircir ce concept d'ordre juridique, qui est, pourtant, fondamental aussi bien pour la compréhension philosophique que

1. V. Thon, p. 3.
2. V. Vanni, p. 69.
3. V. Gény, pp. 169; 271, 279, 299, 535; 277; 332, 412.

pour la construction technique du droit. Si, en effet, pour la pratique quotidienne de la vie juridique, une notion empirique de l'ordre juridique est suffisante, la philosophie du droit doit concevoir comme une de ses tâches fondamentales et des plus délicates l'analyse de cette idée d'ordre juridique, qui est la base du droit positif lui-même[1]. Mais, pour s'acquitter de cette tâche d'une façon accomplie et vraiment philosophique, il faut qu'elle pénètre dans l'intimité de l'esprit humain pour y découvrir les véritables racines de cette idée d'ordre juridique; il faut, en d'autres mots — s'il est vrai, comme le dit Vanni, que « rechercher la valeur et la signification du droit pour la vie humaine, c'est rechercher les rapports du droit avec le système de toutes les choses[2] » — qu'elle remonte à la notion d'ordre, pour analyser ensuite les éléments spécifiques, les caractères différentiels de ce qu'on appelle l'ordre juridique.

C'est pour cela que nous commencerons ce chapitre par une discussion de l'idée d'ordre naturel, en nous limitant toutefois, vu le but auquel vise ce livre qui n'est pas un ouvrage de philosophie théorique mais de philosophie juridique, aux points principaux.

1. M. Gény écrit : « Pour pénétrer d'une façon suffisante les réalités objectives, qui constituent le droit positif, il faudrait descendre jusqu'aux racines de la constitution même de l'humanité, et découvrir les fondements ultimes de sa vocation, pour remonter ensuite aux phénomènes, qui forment la trame essentielle et alimentent le courant continu de la vie sociale... L'examen de tous ces grands problèmes, formant le domaine naturel d'une large philosophie du droit, est, pour le droit positif lui-même, d'une importance absolument capitale » (pp. 461-462).

2. Vanni, p. 15.

15. Tout le monde croit savoir ce que c'est que la nature. Et pourtant ce concept est un des plus complexes et des plus difficiles à analyser[1]. On parle, parfois, de la nature comme de tout ce qui existe, de l'univers; et quelquefois on la conçoit comme la somme des qualités d'une chose; tantôt on y voit la force qui produit toute chose; tantôt on en parle comme de ce qui advient indépendamment de l'œuvre humaine en opposition aux événements qui sont un produit de la volonté humaine; quelquefois on considère l'homme comme faisant partie de la nature, et quelquefois comme lui étant supérieur.

Sans analyser tous ces sens, et bien d'autres, dans lesquels peut être entendu le mot, et le concept, de nature, nous prenons, à présent, pour but de ces premières recherches, le concept de nature comme celui du milieu cosmique, dans lequel l'homme vit, en faisant abstraction, pour le moment, de ce milieu plus étroit, qui est le milieu social.

On peut dire que l'homme vit dans la nature, et on peut dire, encore, que dans la nature s'accomplissent des faits, depuis le lever du soleil, jusqu'à un souffle d'air, ou la chute d'une feuille. Mais qu'est-ce qu'un fait? Qu'est-ce qu'un changement quelconque dans la nature, sans un esprit qui l'observe? Comment l'homme parvient-il à la connaissance de la nature? Si on dit que l'homme connaît la nature car il est fait de la même pâte, on ne fait que cacher, sous des expressions bien vagues, une difficulté bien précise.

1. « Few terms used in philosophy — écrit M. Dewey — have a wider or a looser use, or involve greater ambiguity. » (p. 139.)

On nous enseigne, au nom de la science moderne, que « comme la chimie décomposa autrefois en atomes les molécules, on peut bien dire qu'à présent la physique a décomposé, à son tour, les atomes en électrons[1] », et on interprète aujourd'hui les phénomènes psychologiques eux-mêmes « comme des phénomènes énergétiques... aussi bien que tous les autres phénomènes [2] ». Mais, même en admettant que la racine de l'être soit l'énergie, si on avance dans l'explication scientifique, *a parte objecti*, de la nature, on n'avance pas dans l'explication philosophique, *a parte subjecti*. Celle-ci, la σκέψις philosophique, ne commence que là où le réalisme naïf aboutit.

Les phénomènes psychologiques constitueraient-ils une manifestation de cette énergie, qui est — paraît-il — le ressort de l'univers; ils ne sont pas moins des faits intimes de la conscience, les seuls faits, dont l'esprit humain soit conscient et sûr, d'une façon immédiate. Et c'est seulement à travers ces faits que l'homme parvient à la connaissance et à l'interprétation de ce qui s'accomplit en dehors de lui. « Les faits seraient stériles — dit M. Poincaré; nous dirons plus : ils seraient muets — s'il n'y avait des esprits capables de choisir entre eux en discernant ceux derrière lesquels il se cache quelque chose et de reconnaître ce qui se cache derrière, des esprits qui, sous le fait brut, sentiront l'âme du fait[3] ».

La philosophie moderne conçoit le problème de l'ordre naturel comme un problème de connais-

1. Righi, p. 110.
2. Ostwald, 1, p. 200.
3. Poincaré, 1, p. 22.

sance, comme une question gnoséologique. Comment l'homme parvient-il à la connaissance de ce qui lui est extérieur? Qu'est-ce qu'il entend lorsqu'il parle d'un ordre naturel, lorsqu'il formule des lois de la nature? Ces lois s'accomplissent-elles vraiment dans le milieu cosmique, ou ne sont-elles qu'une formation de l'intelligence humaine, qu'une interprétation que l'homme donne des faits qu'il observe dans le milieu, dans lequel il vit? Quelle valeur peut-on attribuer à la connaissance du monde extérieur, aux lois de la nature, à l'idée de l'ordre naturel? Et comment et pourquoi le positivisme[1], cette méthode philosophique, qui enseigne à ne procéder qu'en tenant compte des faits, n'est-il pas idéaliste (en employant ce mot dans son sens gnoséologique, et tout en bravant le scandale qui résulte de l'association de ces deux termes : *positivisme et idéaliste*) et professe-t-il, au contraire, le réalisme?

Le positivisme affirme que le seul fait, dont l'homme soit immédiatement sûr, est le fait conscient, c'est-à-dire la sensation, qui est, cela est hors de doute, la base, le fait minime de la conscience, du moi. Et sur cette donnée indiscutable, que la représentation n'est pas la chose représentée, que la sensation ne nous donne qu'un signe de ce qui est extérieur à nous, le positivisme établit la relativité de la connaissance, qui a comme fondement, d'après cette théorie vraiment positive, non l'arbitraire scission du réel en

1. Il est presque superflu de remarquer que nous ne faisons pas allusion au *positivisme* de Comte ou à celui de Spencer, mais à *notre* positivisme, qui s'inspire aux vues fondamentales, psychologiques et particulièrement gnoséologiques, de M. Roberto Ardigò.

deux zones, phénoménale et nouménale, ou — ce qui est, peut-être, encore pis — connaissable et inconnaissable, mais le seul écart, vraiment infranchissable, entre la pensée et la chose, d'après lequel la pensée, qui en soi est absolue, est invinciblement relative[1] comme représentation de ce qui lui est extérieur, de la chose.

Mais la philosophie positive ne va pas jusqu'à nier la réalité du monde extérieur; au contraire — tout en constatant que, de ce monde, nous ne savons que ce que nous en donne la pensée — elle affirme que le monde extérieur est réel aussi bien que le monde intérieur.

Schopenhauer a dit que l'égoïsme théorique (solipsisme) ne pourra jamais être réfuté par des preuves; mais, en philosophie, il ne s'est jamais présenté que comme sophisme sceptique; comme conviction, on ne le trouve... que dans une maison d'aliénés; et dans ce cas, pour le réfuter, il vaut mieux employer une douche que des arguments. La philosophie peut regarder l'égoïsme théorique comme une petite forteresse de frontière, qui est, sans doute, imprenable, mais dont la garnison ne peut jamais sortir : il n'y a donc aucun danger à la laisser à ses épaules[2].

La philosophie positive va plus loin; elle ne dit pas seulement que la réalité du monde extérieur est une supposition nécessaire, semblable, pour la pensée, à ce qui est, pour le droit, une *praesumptio iuris et de iure*, une présomption qui n'admet point de preuve

1. V. Ardigò, 3, p. 412.
2. V. Schopenhauer, II. Buch, § 19, pp. 156-157.

contraire, mais elle affirme que la pensée elle-même, quoique intérieure, ce qu'il y a de plus intime dans l'homme, prouve la réalité du milieu qui l'entoure. Elle démontre, en effet, que toute sensation, dans le temps même qu'elle s'affirme soi-même, s'encadre, pour ainsi dire, dans l'un des deux tableaux — tous les deux ne résultant que des sensations — qui forment les deux côtés, les deux aspects de la conscience, l'autosynthèse et l'hétérosynthèse, c'est-à-dire le moi et le non-moi. Il est vrai que le premier aussi bien que le deuxième ne sont que deux côtés du même objet, qui est toujours ce qui nous est intérieur, le moi. Mais il est vrai aussi que les sensations ont en elles-mêmes une note distinctive, qui nous révèle si elles sont produites d'après une excitation extérieure ou d'après une excitation organique, l'expérience suffisant à corriger éventuellement les hallucinations, c'est-à-dire les sensations fausses ou incomplètes (et si l'expérience ne suffit pas, il n'y a qu'à recourir... à la douche, conseillée par Schopenhauer). Si l'on nie un des tableaux, qui est formé par les sensations, le non-moi, l'hétérosynthèse, il faudra, par la même raison, nier aussi l'autre, l'autosynthèse, le moi : si le non-moi est une illusion, le moi est aussi une illusion; ou affirmer la pure et simple réalité de la sensation momentanée et passagère, qui ne prouve que son existence à elle-même, ou affirmer non seulement la réalité du moi, mais aussi la réalité du non-moi, qui sont, l'un et l'autre, des composés de la même nature.

Le réalisme de la philosophie positive est tout ici — dans la constatation de l'absurdité, qui dériverait, non

seulement pour la vie qui a besoin du monde extérieur pour se développer, mais aussi pour la pure théorie, en ne prenant la sensation dans sa totalité globale, dans la synthèse qu'elle est et qu'elle représente. Et il n'y a d'autre moyen que recourir à l'expérience psychologique intégrale pour réfuter le solipisme et affirmer la réalité du monde extérieur[1].

De ce monde, de ce milieu cosmique, dans lequel il vit, l'homme donne une interprétation, qui est conforme à sa pensée. C'est *une vérité de La Palice!* Et aucun ne nie, pour réaliste qu'il soit, que, prenant les mots dans leur sens gnoséologique, les lois de la nature ne soient que les lois de l'esprit humain, qui connaît la nature, et dans la mesure où il la connaît.

Mais — revenons à nos questions — comment l'homme formule-t-il les lois de la nature? quelle en est la valeur? comment l'homme peut-il parvenir au concept d'un ordre naturel? et qu'est-ce que ce concept signifie?

Kant a écrit, dans une note à un passage de sa *Critique du jugement,* qu'on n'a jamais dit rien de plus sublime ou qu'on n'a jamais exprimé une pensée d'une façon plus sublime que dans cette inscription sur le temple d'Isis (la Mère Nature) : « Je suis tout ce qui est, qui était et qui sera, et aucun mortel n'a soulevé mon voile[2] ».

Certes, le dicton est sublime, si pour juger une chose comme sublime on doit, comme Kant lui-même a dit dans d'autres passages de cet ouvrage, la pen-

1. V. Ardigò, **4**, passim.
2. V. Kant, **4**, I. Theil, I. Abschn., II. Buch, § 49, p. 158 note.

ser comme quelque chose d'absolument grand, douée d'un pouvoir excédant infiniment les forces humaines, qui s'arrêtent terrifiées devant elle. Mais si l'inscription du temple d'Isis est sublime, elle ne correspond pourtant pas à la réalité — l'effort titanique de l'humanité ayant toujours tendu à dévoiler l'Isis mystérieuse.

Que l'homme se soit adonné à l'étude de la nature pour des besoins pratiques, pour dominer ce milieu dans lequel il vivait et dans lequel il devait chercher les moyens de son existence, ou qu'il ait cherché dans cette étude seulement un apaisement de cet autre besoin, qu'il éprouve, de connaître, de savoir, de trouver une réponse aux mille demandes que la nature suggère à son intelligence — que le progrès scientifique soit appréciable moins en raison des moyens qu'il nous fournit de dominer la nature qu'en raison du temps libre que, réglant la production, il donnera à l'humanité pour contempler la nature, comme écrit, dans un superbe élan de lyrisme scientifique, M. Poincaré — ce sont des questions, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner pour le but que nous nous proposons.

Le fait est que l'homme pense, et que les nécessités de sa vie aussi bien que les nécessités de sa pensée l'ont amené à formuler ce qu'il appelle les lois de la nature, et qui ne sont et ne peuvent ne pas être qu'adéquates aux moyens de son intelligence, parce qu'elles en sont le produit. « C'est une loi, dit Mill, que tout événement dépende d'une loi; c'est une loi qu'il y ait une loi pour tout. » Et il fait observer, avec raison, que la généralité de ce principe n'est pas seulement verbale; mais qu'au contraire c'est la vérité

la plus importante et réellement fondamentale[1]. Pourquoi donc? Parce que c'est un *besoin* de l'esprit humain de concevoir la nature comme soumise à des lois; et c'est pour cela que, comme observe M. Mach, les lois de la nature sont un produit de notre besoin psychologique de nous orienter dans la nature[2].

C'est le stoïcisme — nous apprennent les historiens de la philosophie — qui a transporté le concept de loi de la sphère des actions humaines à celle des phénomènes naturels. Mais déjà Héraclite avait dit, avec un profond symbolisme, que « le soleil ne dépassera pas ses limites; autrement, les Erinyes ministres de la Justice le retrouveront[3] », et la mythologie religieuse nous révèle que le concept de la nécessité des lois aussi bien dans la nature que dans la société est plus ancien que la spéculation philosophique.

Par une nécessité de sa nature, l'homme considère le milieu cosmique, dans lequel il vit, comme composé d'autant de possibilités de sensations pour lui — sensations, en partie actuelles (j'ai la sensation de la pesanteur de la plume avec laquelle j'écris, de la blancheur du papier sur lequel j'écris, de l'aigreur de la fumée que j'aspire, du parfum de la cigarette que je tiens entre mes doigts, etc.), en partie seulement possibles (je m'attends, si je lève mes yeux et si je regarde hors la fenêtre, de voir la maison d'en face; si je m'approche du poêle, je m'attends d'éprouver de la chaleur; et je pense que si je sortais de chez moi, j'aurais une sensation de froid, et que si au lieu d'être

1. V. Mill, B. III, Chapt. V, § 1, p. 213.
2. V. Mach, *Sinn und Wert der Naturgesetze*, 1, pp. 453-454.
3. Héraclite, fragm. 94. Diels, I, p. 75.

à Venise j'étais à Nice ou au Caire j'éprouverais, au contraire, probablement des sensations opposées de chaleur, etc.). Tout le monde, dans lequel je vis, je le considère comme un système de possibilités de sensations[1]. Et, quoi que je fasse, je ne peux, en dernière instance, le considérer d'une autre façon.

Mais toute mon expérience — mieux, toute l'expérience humaine — me contraint, non seulement à agir, mais même à penser de façon à m'attendre, depuis une action, une réaction, c'est-à-dire une connexion inébranlable de faits. Chaque fait qui advient est précédé par des faits et suivi par d'autres faits. Aucun fait ne peut se présenter à ma pensée comme absolument isolé, sans des antécédents et des conséquents.

Le dernier ressort de l'intelligence est donc un *rythme*, d'après lequel tout fait est pensé comme encadré, pour ainsi dire, dans un tableau d'autres faits.

Or, nous voici au véritable carrefour de la philosophie de la nature (ou, pour mieux dire, de la psychologie de la science) : les lois naturelles, les manières de *se comporter* des choses qui entourent l'homme et agissent sur son esprit comme il s'y attend, amenant après des faits, d'autres faits — c'est-à-dire après et d'après telle sensation, telle autre comme produite par la première — ces lois na-

1. Nous remarquons, en passant, que notre conception du réel, qui est phénoméniste-subjective, est différente de celle de M. Mach, qui objectivise le fait humain de la sensation, tombant — quoi qu'il dise — dans un matérialisme métaphysique. (V. Mach, 2, passim, et, par ex., I. Kap., pp. 13-14.)

turelles sont-elles des prescriptions que l'intelligence impose à la nature, ou des prescriptions que la nature impose à l'intelligence? l'ordre existe-t-il dans la nature ou seulement dans l'intelligence? en somme, est-ce l'intelligence, qui impose sa loi, la loi du rythme, à la nature, ou est-ce la nature, qui impose ses lois, la loi générale du rythme d'abord et ensuite les autres rythmes qui régissent les différentes séries des faits, à l'intelligence?

Kant, comme on le sait, s'est prononcé, pourrait-on dire, en faveur de l'intelligence humaine : c'est elle qui prescrit les lois à la nature. « L'ordre et la régularité dans les phénomènes, que nous appelons Nature, c'est nous-mêmes qui les y introduisons, et on ne pourrait les y trouver si nous ou la nature de notre esprit ne les y ayons mis originairement. Car cette unité de la nature doit être une unité nécessaire de la liaison des phénomènes, c'est-à-dire certaine *à priori*. Mais comment pourrions-nous bien mettre en avant *à priori* une unité synthétique, si des principes subjectifs d'une telle unité n'étaient pas contenus *à priori* dans les sources originaires de connaissance de notre esprit, et si ces conditions subjectives n'étaient pas en même temps objectivement valables, étant les fondements de la possibilité de reconnaître en général un objet dans l'expérience?[1] ». Ce qu'il fallait, en effet, pensait Kant, était de donner au principe de causalité une valeur « antérieure à tous les objets de l'expérience[2] »;

1. KANT, 1, Elementarlehre, II. Th., I. Abth., I. Buch, II. Hauptst, (I. Aufl.), p. 134.

2. *Id.*, *ibid.*, Elementarlehre, II. Th., I. Abth., II. Buch, II. Hauptst., p. 190.

il en a voulu faire, en d'autres mots, un *à priori*, car, sans cela, pensait-il, « à la synthèse de la cause et de l'effet *ferait défaut cette* dignité, qui ne peut pas du tout être exprimée empiriquement, à savoir, que l'effet ne s'ajoute pas simplement à la cause, mais qu'il est posé par elle et qu'il en dérive[1]. » L'expérience, en effet, dit-il dans plusieurs lieux de sa *Critique de la raison pure*, ne nous donne que ce qui est : elle ne peut pas nous dire que ce qui est ne pourrait pas être autrement, ne peut pas donner des principes apodictiques[2]; aucune expérience ne peut donner ce caractère de nécessité qui est impliqué dans le concept de cause[3].

Kant, sur cette position — et voici encore un point qu'il faut rappeler, mais sur lequel nous ne pouvons pas insister, pour la nature de cet ouvrage — a voulu livrer sa grande bataille contre Hume, qui l'avait réveillé de son sommeil dogmatique, mais qui pourtant, en réduisant la causalité à un pur produit d'une association mentale, avait signé la condamnation à mort de toute métaphysique[4], de cette métaphysique future, dont lui, Kant, voulait écrire, non seulement les prolégomènes, mais encore beaucoup de pages importantes.

Hume, en examinant les éléments du principe :

1. KANT, *ibid.*, Elementarlehre, II. Th., I. Abth., I. Buch, II. Hauptst., p. 108.
2. V., par ex., Einleit, I. A., p. 35, et II. A., p. 648. — Elementarlehre, I. Th., II. Absch., p. 70. Methodenlehre, I. Hauptst., I. Absch., p. 562.
3. V. *ibid.*, Elementarlehre, II. Th., I. Abth., I. Buch, II. Hauptst., pp. 124-125.
4. V. KANT, 5, Einleitung, pp. 31-32.

« tout ce qui commence à exister, doit avoir une cause de son existence[1] », trouve ces éléments dans les relations de contiguïté et de succession entre phénomènes, relations, qui, par leur répétition, *déterminent* l'intelligence à attendre l'un après l'autre : c'est cette impression, ou *détermination*, qui crée en moi — dit Hume — l'idée de nécessité[2].

L'efficacité ou l'énergie des causes n'est donc placée ni dans les causes elles-mêmes, ni dans la divinité, ni dans la concurrence de ces deux principes, mais — dit Hume, en ayant pourtant la conscience d'énoncer *le plus violent paradoxe* de ceux qu'il ait écrits — appartient entièrement à l'âme[3].

Mais, en regardant le principe de causalité comme un simple effet d'une association mentale, qui peut se produire et peut aussi ne pas se produire, Hume parvenait logiquement au scepticisme, en ôtant au principe de causalité son caractère d'instrument nécessaire, pour ainsi dire, de l'interprétation humaine de la nature.

Kant a vu *le danger Hume*, et a compris qu'on devait éviter ce *barren rock*, contre lequel s'était écrasé le navire du penseur anglais. Il fallait restituer au principe de causalité sa valeur apodictique, il fallait lui donner un autre fondement que n'était celui du pur associationnisme. Et il en a fait un *à priori*, c'est-à-dire un instrument nécessaire de la connaissance, bien que *toto cœlo* différent — comme il affirme

1. V. Hume, Part III, Sect. III, p. 380.
2. V. *Id.*, Part III, Sect. XIV, pp. 450-451.
3. V. *Id.*, *ibid.*, p. 460.

d'une façon nette justement à propos de ce concept de cause — d'une idée innée[1].

Mais si l'on admet que l'*à priori* au point de vue logique ne soit pas tel au point de vue génétique, on ne tranche pas la question psychologique du mode de formation du concept de causalité.

Nous devons, pour l'économie du travail, ne traiter ce problème que d'une façon sommaire.

Le mérite de Hume est, selon nous, celui d'avoir vu que le concept de cause est dérivé, comme tout autre concept, de l'expérience. Le mérite de Kant, à ce propos, est celui d'avoir affirmé vigoureusement la nécessité logique du principe de causalité.

Y a-t-il une opposition insurmontable entre le premier et le deuxième? Nous croyons que non; nous croyons — avec M. Ardigò[2] — que le premier n'a pas su reconnaître le caractère apodictique du principe de cause, et le deuxième, pour sauver ce caractère, a recouru à l'*à priori*, seulement par défaut d'analyse psychologique.

Hume et Kant ont conçu, l'un et l'autre, les sensations, qui forment le canevas de toute connaissance, comme singulières, *énadiques*. C'est pour cela que Hume ne savait trouver la nécessité dans le principe de causalité, qui n'était, selon lui, que le produit d'une suite habituelle de sensations; et c'est pour cela, aussi, que Kant recourait, pour rétablir ce principe, à quelque chose d'extra-expérimental.

Ni l'un ni l'autre n'ont vu que les sensations sont

1. V. Kant, **1**, Elementarlehre, II. Th., I. Abth., I. Buch, II. Hautpst, II. Absch., (II. Aufl.), pp. 682-683.

2. V. Ardigò, **1**, *passim*.

intégrales, qu'elles nous donnent non seulement la réalité sous forme de fragments, mais dans sa totalité, au moins dans cette totalité qui est connaissable pour l'intelligence humaine, c'est-à-dire la seule réalité qui ait de l'importance pour nous.

La pensée humaine n'est pas une pure collection d'idées, que l'homme reçoive, une à une, distinctement, du dehors. Toute *impression,* dirait Hume; toute sensation, disons-nous, est un fait et une loi. Et l'intelligence humaine, qui en résulte, est intégrale comme l'expérience qui la forme. Le caractère de nécessité n'est pas un signe que nous donnions aux sensations *ab intus,* comme pensait Hume, ou, en quelque sorte, *ab extra,* comme pensait Kant. La donnée de la nécessité est implicite dans les sensations elles-mêmes. Et la causalité, qui est la clef de l'intelligence humaine, nous apparaît, dénuée de tout signe qui l'accompagne, comme le rythme même de l'intelligence, produit en nous par l'expérience, mais, justement pour cela, vrai et nécessaire, tenant de l'expérience même ce caractère de nécessité.

Ce rythme de l'intelligence est-il cohérent, pour ainsi dire, au rythme de la nature? Au moins, le croyons-nous. Les lois, que nous formulons sur les faits de la nature, sont — cela est hors de doute (un fait n'étant, en dernière analyse, qu'un état de conscience) — des données de la conscience humaine. Mais, comme ce que nous appelons la nature n'est que ce milieu cosmique que nous pouvons connaître (existe-t-il quelque chose d'autre? c'est possible, mais nous ne pouvons pas le savoir), lorsque nous voyons que notre expérience confirme les lois que nous avons éta-

blies[1], nous devons conclure que le rythme de notre intelligence correspond au rythme de la nature. Ou encore que l'intelligence prescrit les lois à la nature, puisque c'est la nature qui a façonné le rythme de l'intelligence[2].

Mais, au fond, qu'est-ce qu'une science?

Si, comme nous avons dit, toute connaissance humaine n'est qu'un tissu de sensations, et si toute sensation, bien loin d'être énadique, singulière, est, tout au contraire, synthétique, comme l'est l'expérience, toute science, qui est analyse, est, au fond, une analyse des sensations humaines.

Toute science, en d'autres mots, n'est qu'une analyse de l'expérience, qui est synthétique. Cette synthèse, qui est la vie, touchant à tout instant aussi bien à notre vue qu'à notre ouïe, à notre odorat ainsi qu'à notre sens musculaire, etc., doit être décomposée, fractionnée, pour être comprise. La science est, pour ainsi dire, une sublimation et une condensation de l'expérience. Et pour cela la science a été appelée, d'une façon précise, par J. B. Vico, *naturae operum anatome quaedam*[3]. La science n'accomplit qu'une œuvre d'anatomiste de ce milieu cosmique, dans lequel nous vivons. Car, s'il est vrai que *natura non nisi parendo vincitur*[4], il est aussi vrai que, dans cette

1. « Je ne puis admettre — écrit M. Poincaré (2, pp. 221-222) — que le savant crée librement le fait scientifique puisque c'est le fait brut qui le lui impose. » V. encore, pp. 231-232. « S'il arrive — dit-il à pp. 234-235 — *que les faits* sont conformes à une prédiction, ce n'est pas un effet de notre libre activité. »

2. V. Ardigò, 1, pp. 143-144.

3. Vico, *De antiquiss. Italor. sapientia*, I, 1. *Opere*, II, p. 64.

4. Bacon, *Novum Organum*, I, Aph. III. *Works*, I, p. 157.

bataille, il faut procéder, pour ainsi dire, par ordre épars, en attaquant la nature en plusieurs points, de différentes façons.

Toute loi naturelle — c'est-à-dire scientifique — n'est qu'un raccourci[1], une simplification[2] des faits de la nature, c'est-à-dire une expression symbolique des séries de sensations que nous éprouvons, ou pourrions éprouver dans des circonstances données. En réduisant les faits, c'est-à-dire les sensations actuelles ou possibles, en lois, l'esprit réalise une économie; une économie, qu'il redouble — dit M. Duhem — « lorsqu'il condense les lois expérimentales en théories[3] ».

Mais qu'est-ce qu'une théorie? Deux conceptions se divisent le champ, à ce propos : l'une, qui voudrait que la théorie fût une explication de la réalité; l'autre, qui se borne à concevoir la théorie comme une représentation de la réalité. M. Duhem, tout en reconnaissant les découvertes, qui ont été faites même par ces grands physiciens, qui reliaient la physique à la métaphysique, c'est-à-dire qui prétendaient non seulement représenter mais aussi expliquer la nature, dit qu'il n'est pas démontré que ces découvertes aient été faites à cause de la connexion entre la partie représen-

1. « ... scientiarum omnium officium *est* et propria virtus, ut experientiæ ambages et itinera longa (quantum veritatis ratio permittit) abbrevient. » BACON, *De augm. scientiarum*, Lib. III, Cap. IV. *Works*, I, p. 567.

2. « La simplicité et la symétrie plaisent à notre esprit, mais elles ne plaisent pas toujours à la Nature, et les lois réelles sont souvent beaucoup plus compliquées que nous ne les avions conçues. » (DE FREYCINET, p. 20).

3. DUHEM, p. 31.

tative et la partie explicative des théories : l'histoire de la physique offre plusieurs arguments contraires à cela. Le but de la théorie physique et, en général, de toute théorie scientifique est celui de représenter la réalité de façon que nous puissions la connaître et la dominer[1].

Pour grouper telle série de faits, c'est-à-dire de sensations actuelles ou prévues comme possibles, le savant fait une hypothèse, à savoir une prévision, concernant non la nature intime de ces faits, qui sont capables de provoquer en nous les dites sensations, mais plutôt la façon de se comporter de la conscience pour produire ou reproduire cette série de faits ou de sensations. Cette hypothèse lui sert comme fil conducteur pour l'étude des faits, et il l'écarte si l'expérience lui démontre que, agissant de la façon prévue, il n'obtient pas le résultat prévu[2].

M. Duhem et M. Mach — et bien d'autres avant eux, comme Newton et Laplace, Ampère, Fresnel, Mayer, Macquorn Rankine, Kirchhoff[3] — ont raison, en concevant les sciences comme une économie, introduite par l'intelligence dans la nature, c'est-à-dire comme des représentations abstraites et condensées des phénomènes naturels. Toute connaissance scientifique est invinciblement limitée dans ces bornes : de

1. V. Duhem, I partie, passim. M. Boutroux écrit : « Ce que nous appelons les lois de la nature est l'ensemble des méthodes que nous avons trouvées pour adapter les choses à notre intelligence et les plier à l'accomplissement de nos volontés. » (1, p. 143.)

2. V. Ostwald, 2, pp. 51-52.

3. V. Duhem, pp. 73, 76, 77-78, 79-82. — Mach, 3; et 1, p. 449.

fournir une représentation économique de la réalité[1]. Le tort des savants et des théoriciens de la science serait celùi de croire, non que les sciences ne doivent pas poursuivre cette voie et cette tâche dereprésenter économiquement la réalité, dans le but de prévoir ce qu'il adviendra et, pour cela, de dominer la réalité[2], mais plutôt celui de croire qu'il fût possible de connaître et de dominer quelque autre chose d'une autre façon.

« La science ne peut nous faire connaître la nature des choses », écrit M. Poincaré[3]; elle ne peut nous apprendre que les véritables rapports des choses. C'est tout ce qu'elle peut nous donner; mais c'est assez, si elle nous offre, avec cela, les moyens de dominer les choses.

La gnoséologie nous démontre que toute connaissance humaine n'est qu'un composé de sensations, et c'est encore la gnoséologie qui, en nous affirmant que toute théorie scientifique n'est qu'une représentation raccourcie de séries de sensations et une prévision de telles sensations possibles, nous ôte tout moyen, non seulement de connaître, mais de concevoir même ce *quid* mystérieux, qui serait au-dessous des forces qui agissent autour de nous et qui se manifestent à nous. Tout l'univers, que nous connaissons, dans toute étendue de temps et d'espace, n'est qu'un système de

1. « ...methodus interpretandi Naturam in hoc potissimum consistit, in concinnanda scilicet historia Naturæ, ex qua, utpote ex certis datis, rerum naturalium definitiones concludimus. » (Spinoza, *Tract. theol.-polit.*, Cap. VII, I. *Opera*, vol. II, p. 38.

2. V. Ostwald, **2**, pp. 27 et 36-37.

3. Poincaré, **2**, p. 266. V. aussi Kant, **1**, Elementarlehre, II. Th., I. Abth., II. Buch, Anhang, pp. 250-251.

faits, c'est-à-dire de sensations ou de possibilités de sensations.

Tout fait, toute chose n'est, pour l'homme, qu'une source actuelle ou potentielle de sensations. Soit A un minéral ou une plante ou un animal quelconque. Cet A nous pouvons le dire un *b*, en entendant par *b* l'aptitude que A présente à nous donner des sensations de pesanteur; mais nous pouvons dire aussi que cet A est un *c*, étant *c* l'aptitude de A à nous donner des sensations de chaleur, et un *d*, étant *d* l'aptitude de A à nous donner des sensations de couleur, etc. Ainsi A nous apparaît comme un agrégat de potentialités de produire en nous différentes sensations, et d'être interprété par des théories physiques, chimiques, physiologiques, etc.; d'être encadré, en somme, dans différents tableaux représentatifs de l'univers.

Pour cela, aussi, nous croyons, non seulement que toute classification des sciences n'a qu'une valeur provisoire, le progrès des connaissances pouvant toujours nous façonner de nouveaux tableaux représentatifs de la nature, mais aussi qu'il est arbitraire d'établir une certaine hiérarchie entre les faits de la nature, car c'est la science qui décompose la nature, tandis que celle-ci ne nous présente que des faits extrêmement complexes et qui seulement par nécessité de représentation sont étudiés tantôt sous un aspect, tantôt sous un autre. La géométrie, la physique, la mécanique, la chimie, sont une décomposition opérée par l'intelligence humaine d'après les données intégrales de l'expérience, qui sont simplifiées et recomposées ensuite en autant de tableaux,

dont chacun n'embrasse qu'un côté de la réalité.

On croyait qu'il y avait un hiatus entre le monde inorganique et le monde organique, mais, comme écrit M. Bergson, « des phénomènes observés dans les formes les plus élémentaires de la vie on ne peut dire s'ils sont encore physiques et chimiques ou s'ils sont déjà vitaux[1] ». Et les nouvelles branches de certaines sciences — comme la physiologie végétale et la chimie physiologique, par exemple — nous démontrent des parentés, des affinités inattendues. Certes, « la science a toujours éprouvé la plus grande difficulté à donner de la vie une définition adéquate ». Si, comme M. Ostwald, on marque comme caractère essentiel de la vie « une manifestation constante d'énergie[2] », on peut y trouver, comme données fondamentales, le *but* et la *mémoire*[3]. Mais si la vie est conçue comme changement dans le temps, ne peut-on parler, en élargissant le concept de la vie de sa signification anthropomorphique à une étendue plus générale, d'une vie des montagnes et des fleuves, d'une vie de la terre, qui a ses continents plus jeunes et ses parties plus âgées? Les catastrophes, qui nous terrifient de temps en temps, ne sont — nous disent les savants — que des épisodes de cette vie de la terre dans l'univers, des phénomènes d'arrangement dans certaines parties plus jeunes de sa surface.

M. Mach dit, depuis bien des années, qu'il faut

1. Bergson, p. 108.
2. Ostwald, 1, p. 178.
3. V. Ostwald, 1, pp. 180-181 et 186. Mais on trouve « une réaction mnésique », par confession de ce même Auteur, aussi dans certains phénomènes chimiques. (V. p. 188.)

substituer au concept de *cause* le concept mathématique de *fonction*[1]. Fonction, en langage mathématique, signifie correspondance univoque entre deux grandeurs. Le sens de la pensée de Mach, si nous l'interprétons bien, est qu'il faut ne point oublier les conditions du phénomène que nous appelons B, l'effet, auprès de celles du phénomène que nous appelons A, la cause. En d'autres mots, pour que B se vérifie, il faut non seulement que A se soit vérifié, mais qu'il soit donné un système de circonstances, positives et négatives, qui permettent à B de se vérifier. Il faut que A se présente pour que B se présente, mais il faut encore qu'aussi A que B se trouvent entre eux et avec d'autres faits, que nous pourrons appeler *a, b, c, d, e*... dans un rapport tel que A puisse agir de façon d'influencer B sans trouver d'obstacles dans les autres circonstances. C'est, au fond, quelque chose d'analogue à ce qu'affirmait Mill, lorsqu'il disait qu'il faut faire attention aussi bien aux conditions positives qu'aux conditions négatives d'un phénomène, et lorsqu'il définissait la cause comme la somme totale des conditions positives et négatives prises tout ensemble[2].

Ainsi conçu, l'ordre naturel peut être défini *un système de fonctions*, à savoir *un système de rapports entre toutes les choses, rapports qui déterminent l'existence et le changement perpétuel de tout l'univers*.

Mais faut-il, près de la conception mécanique, fonc-

1. V. Mach, 2, V. Kap. Il rappelle d'avoir essayé cette substitution déjà depuis 1872, dans son écrit : *Die Gesch. u. die Wurzel des Satzes der Erhaltung der Arbeit*. (Prag, Calve.)

2. V. Mill, Book III, Chapt. V, 3, pp. 214-218. C'est à p. 217 qu'il écrit : « The cause, philosophically speaking, is the sum total of the conditions positive and negative taken together. »

tionnelle de l'univers, faire place à une conception finaliste?

Les finalistes s'appuient sur plusieurs considérations, puisées à différentes sources. Tantôt ils disent que la conception mécanique, qui est suffisante à expliquer certains ordres de faits naturels, se montre de plus en plus insuffisante si l'on monte aux ordres supérieurs, affirmant que, tandis que dans le monde inorganique, sont valables les données du déterminisme, le monde organique exige une explication finaliste[1]; d'autres soutiennent que tout l'univers peut être expliqué d'après le déterminisme, mais que le finalisme ajoute un principe de plus à notre conception de l'univers[2], principe d'autant plus légitime que la causalité, elle-même, est *à priori,* comme l'est le principe final[3]; quelques-uns affirment qu'il y a une nécessité morale d'admettre l'explication finaliste de l'univers, sans laquelle la morale perdrait son unique soutien; d'autres enfin disent que la science peut se contenter de l'explication déterministe, tandis que la philosophie a besoin d'un autre principe, du principe finaliste[4].

Que ce soit, non une nécessité, mais une utilité d'ordre moral qui doive persuader à l'homme d'adopter une interprétation finaliste de la nature et à se croire le but final de la création[5], nous pouvons bien le

1. V. Petrone, **5**, p. 68.
2. V. Kant, **4**, § 61, pp. 205-207.
3. V. Del Vecchio, **5**, pp. 20-21 et 46-47.
4. V. Petrone, **5**, p. 143.
5. V. Kant, **4**, § 84, surtout pp. 286-287 et p. 287 note; § 86, pp. 295-296. A p. 307 (§ 88) Kant dit explicitement que nous avons « einen moralischen Grund, uns an einer Welt auch einen Endzweck der Schöpfung zu denken. »

concéder. Mais nous nions que la moralité ait besoin de ce soutien pour exister; car cela équivaut à oublier toutes les conditions de la vie humaine. Et, d'ailleurs, il est assez différent d'identifier les buts de la vie humaine et ceux de la nature, et concevoir la vie humaine comme le dernier but de la nature. Il y a plus : accepter la première de ces vues est, quoi qu'on dise contre cette critique, concéder que l'interprétation finaliste de la nature est une conception anthropomorphique, contre laquelle valent toujours les mots du vieux Bacon, qui raillait cet *idolum tribus*, d'après lequel on s'imagine « talia naturam facere qualia homo facit[1] ».

Si la nature répond à une fin, agit avec un dessein, il est absurde de la diviser en deux zones, dont l'une serait dominée par un but, tandis que l'autre serait subjuguée par la causalité. Ces finalistes, qui admettent la finalité aussi bien dans le monde organique que dans le monde inorganique, sont plus conséquents que les autres, qui ne l'admettent que dans le premier. Mais si une évolution organique uniforme, unilinéaire est, cela est hors de doute, une interprétation finaliste, l'adaptation est, au contraire, une explication qui est bien réversible en termes mécaniques, et l'évolutionnisme unilinéaire semble destiné à laisser sa place à une série de formations naturelles, dans l'espace aussi bien que dans le temps, qui peuvent être toutes conçues et exprimées en termes mécaniques et qui sont, semble-t-il, beaucoup plus près de la réalité que ne le serait l'évolutionnisme

1. BACON, *De augm. scientiar.*, Lib. V, Cap. IV. *Works*, I, p. 644.

qui, entendu comme clef mystérieuse de la nature ou dans son sens vulgaire, n'est qu'un simplisme ou un verbalisme.

Il n'est pas vrai, non plus, que l'interprétation mécanique soit *à priori* au même titre que le finalisme. Qu'il n'y ait point d'effet sans cause, que les causes soient toutes naturelles, que les forces se transforment mais se conservent[1], que ce qui est détermine ce qui va être, etc., voilà des fondements de l'interprétation mécanique, qui sont, il est vrai, des anticipations d'expériences futures, mais qui sont aussi des condensations d'expériences passées, qui trouvent dans les données du déterminisme leur expression raccourcie. Le déterminisme, en somme, explique le présent et le futur par le passé, ce qui est et ce qui va être par ce qui a été; tandis que le finalisme veut expliquer le passé et le présent par l'avenir, c'est-à-dire ce qui est ou ce qui a été par ce qui n'est pas encore, mais seulement sera.

Le finalisme ne s'entend et ne se justifie qu'avec la conception d'un être qui pût régler le cours des choses d'après un dessein préétabli : cette conception providentielle n'est point illogique, mais est tout à fait hors la science, qui n'admet qu'hypothèses vérifiées ou vérifiables. Mais comment vérifier l'hypothèse d'une Providence, qui règle le monde? Certes, elle

1. La loi de la conservation de la force — écrit M. Boutroux — « n'est pas connue *a priori*, ne s'impose pas à la pensée. Elle a été découverte à force d'expériences et d'analyses, et ainsi elle est essentiellement expérimentale et inductive » (1, p. 57), tandis que, selon le même Auteur, la finalité dépasse l'expérience. Ainsi une telle loi ne satisfait pas aux conditions d'une loi positive, et ne peut être un indice de nécessité physique. » (2, p. 137.)

nous donne une clef pour ouvrir le mystère de l'univers. C'est, pourtant, une clef magique, ajustée à chaque serrure, qui, après avoir ouvert toutes les portes, nous fait trouver face à face avec d'autres mystères bien gardés et, malheureusement, bien fermés.

On dit, encore, que la morale perdrait son soutien, s'il lui manquait la conception finaliste. Et voici, encore, que la prétention du finalisme — par lequel on veut concilier la raison pure avec la raison pratique (qu'on n'oublie pas que la *Critique du jugement* de Kant est un effort d'harmonisation entre les deux autres *Critiques*) — est par trop grande. Les finalistes oublient, en effet, que la moralité est un produit humain et qu'elle a son origine dans la société, médiation entre l'homme et l'univers.

Les finalistes reprochent aux déterministes que leur théorie aboutisse au quiétisme, car, en professant que tout fait est un produit rigoureux des causes existantes, on vient à nier toute spontanéité, à mortifier tout élan. On peut répondre que cette critique est juste seulement si elle regarde un déterminisme étroit et rigide; mais elle ne peut pas être dirigée contre un déterminisme qui, fidèle à l'expérience, ne confond pas dans un seul ordre toutes les choses et tous les faits de la nature. Mais on peut, aussi, rétorquer l'argument contre ce finalisme, qui, admettant que tout ce qui est répond à un but prédéterminé, n'est qu'une idéalisation optimiste du réel[1], et ne pourrait éviter la censure spirituelle d'un Voltaire.

1. On peut se demander, vraiment, si les exemples apportés par Kant, 4, § 67, pp. 226-227, soient sérieux, tant ils semblent justifier la critique du finalisme, faite par Voltaire.

Nous ne pouvons non plus admettre que la conception mécanique convienne à la science, et la conception finaliste à la philosophie[1]; car, si l'une des deux conceptions est suffisante pour expliquer le réel, elle ôte toute place à l'autre; et si l'une est insuffisante, elle ne peut être bonne ni pour la science ni pour la philosophie, qui sont, l'une et l'autre, deux façons d'entendre le réel, non point opposées, mais plutôt convergentes, dans ce sens que l'une, la conception philosophique, n'est qu'une explication en termes psychologiques de l'autre.

Mais le vrai est que, si le finalisme, qui « n'est qu'un mécanisme à rebours[2] », n'explique rien parce qu'il explique trop, alors que le déterminisme rigide ne nous rend raison des catégories les plus élevées, par rapport à nous, de l'existence, un déterminisme fondé sur le concept de cause, un déterminisme qui, pour expliquer l'action de la cause, n'oublie pas les conditions du milieu dans lequel se produit la réaction, ne traduit point tout le réel en termes de la même rigueur, mais reconnaît et calcule ce coefficient de variabilité, qui rend de plus en plus spontanées, de plus en plus autonomes les formations naturelles.

La nature est un équilibre de forces immanentes, qui, dans le flux éternel du temps (qui se calcule par jours et par années dans la vie humaine, par siècles et par milliers d'années dans la vie de la terre) transforment tout ce qui existe. Le temps — voici ce qui n'a été suffisamment considéré, comme a justement

1. V., sur la possibilité d'un accord entre les deux explications, Kant, 4, § 77, pp. 258-259, et § 81, partic. p. 272.
2. Bergson, p. 42.

démontré M. Bergson, ni par les déterministes ni par les finalistes. Qui dit temps, dit évolution, dit transformation, dit vie. « Le temps est invention ou il n'est rien du tout », écrit M. Bergson[1]. Et voilà que l'ordre naturel nous apparaît comme un système immanent, et pour cela même changeant, de rapports entre les choses, d'actions et réactions mutuelles.

L'homme est, par rapport aux forces naturelles, un spectateur, qui tâche de comprendre leur jeu compliqué, pour savoir et pour agir. Il est, parfois, même un souffleur de ces forces, lorsqu'il organise artificiellement des expériences, lorsqu'il force, pour ainsi dire, telles forces naturelles à agir de façon qu'il puisse les étudier. Mais il y a aussi des champs, et des champs bien vastes, dans lesquels l'homme est, non seulement spectateur ou souffleur, mais acteur.

C'est le vaste théâtre, la scène immense par rapport à l'homme, mais exiguë par rapport à la nature, de la vie humaine — la scène de l'histoire.

Le théâtre, où il agit, n'est pas isolé du reste du monde. Il est — tout au contraire — relié par mille liens à tout l'univers, qui lui fournit non seulement les mécanismes, la lumière, le sous-sol, les coulisses, etc., mais aussi le canevas des pièces qu'il joue.

L'homme, tantôt trop superbe, croyait tout l'univers ajusté pour manier le ressort de son petit théâtre. Il croyait même que les mots qu'il prononçait avaient une répercussion dans tout l'univers, il croyait tout l'univers réglé d'après les petites règles qu'il suivait, lui, dans la récitation de sa petite

1. Bergson, p. 369.

pièce. Tantôt trop humble, il se prenait pour une marionnette de Dieu ou de la destinée; du moins, croyait-il tous les mots qu'il prononçait écrits d'avance, lui n'étant que l'acteur d'une pièce tout écrite.

L'histoire de l'humanité peut être comparée plutôt à ces vieilles « comédies de l'art », dont le canevas seul était écrit, et dont le développement était confié à l'habileté des acteurs.

Le canevas de l'histoire est écrit par la nature; les hommes ne peuvent pas s'en écarter; ils doivent étudier et connaître le milieu dans lequel ils agissent. Mais cela n'empêche pas que l'homme soit *faber suæ fortunæ.* La pièce de l'humanité n'est écrite par la nature que dans ses grandes lignes; d'acte en acte, de scène en scène, la pièce se fait et se déroule. Le dénoûment — si l'on peut parler d'un dénoûment — n'est pas écrit d'avance; il est conditionné par toutes les scènes de la pièce.

C'est ainsi que l'homme n'est qu'un spectateur des lois de la nature, tandis qu'il est un acteur et un facteur des lois de la vie humaine, de la vie sociale.

16. Un nouvel ordre commence lorsque du milieu cosmique on passe à la vie humaine? « Plerique — écrit Spinoza[1] — qui de Affectibus et hominum vivendi ratione scripserunt, videntur non de rebus naturalibus, quæ communes Naturæ leges sequuntur, sed de rebus, quæ extra Naturam sunt, agere. Imo hominem in Natura veluti imperium in imperio concipere videntur. Nam hominem Naturæ ordinem magis per-

1. Spinoza, *Ethices*, Pars III, Introd. *Opera*, I, p. 118.

turbare quam sequi... credunt. » Mais, même récemment, disait-on que « la Nature nous est étrangère, car elle est pour nous un monde extérieur, rien d'intime », et que l'homme, ayant le sentiment d'être dans la nature, contre ce que soutenait Spinoza, justement *imperium in imperio,* distingue du royaume de la nature un royaume de l'histoire, sépare — bien qu'on ne puisse faire logiquement une nette partition entre les deux — les sciences de la nature et celles de l'esprit[1] . On dit encore que « l'ordre éthique est irréductible à l'ordre physique », qu' « il sort de l'intuition théorique du déterminisme », qu' « il ne peut pas se fonder sur le principe des causes efficientes, mais (doit être fondé) sur celui des causes finales ». Et on finit par accepter l'idéalisme indéterministe, en y voyant « le soutien véritable, nécessaire, fondamental d'une philosophie de la morale. Parce qu'une intuition éthique de la vie et de la conduite humaine n'est pas légitime, si elle n'est préparée par une intuition éthique de l'univers[2] ».

Il est évident, donc, que c'est pour l'exigence pratique qu'on abandonne le déterminisme dans l'étude du monde humain, et que c'est pour justifier logiquement cette même exigence qu'on refuse l'interprétation mécanique de l'univers. C'est toujours sous la préoccupation de l'exigence pratique que Kant distinguait les choses en objets d'expérience (phénomènes) et choses en soi (noumènes), pour soustraire les deuxièmes à l'empire du principe de causalité, du

1. V. Dilthey, pp. 46, 7-8, 22-25.
2. V. Petrone, 5, pp. 114, 116, 118, 119.

mécanisme naturel[1]; car, si les phénomènes étaient des choses en soi, on ne pourrait plus sauver la liberté[2], qui est la *ratio essendi* de la loi morale[3], la clef des principes pratiques les plus sublimes[4]. Si la loi de nécessité naturelle réglait aussi l'existence des choses en soi, on devrait rejeter le concept de liberté comme vain et impossible. Pour sauver la liberté[5], on ne peut suivre autre voie que d'attribuer la nécessité naturelle au phénomène, et la liberté à la chose en soi. C'est moyennant la liberté qu'on peut réaliser dans le monde le bien suprême; mais cette réalisation, ainsi que les seules conditions de sa possibilité, que nous pouvons penser, à savoir l'existence de Dieu et l'immortalité de l'âme, sont des *Glaubenssachen* (*res fidei*[6]).

C'est donc, en dernière analyse, par égard au problème moral ou qu'on adopte l'intuition finaliste au lieu de l'interprétation mécanique de l'univers, ou qu'on sépare le monde organique et superorganique du monde inorganique, ou qu'on divise le réel en deux zones, sensible et intelligible.

Et il est sûr qu'avec le déterminisme, si on explique ce qui est, et même si on peut prévoir, jusqu'à un certain point, ce qui va être, on ne peut imposer ce

1. V. KANT, **1**, Vorrede zur II. Ausgabe, pp. 23-24.

2. « ... sind Erscheinungen Dinge an sich selbst : so ist Freiheit nicht zu retten. » KANT, **1**, Elementarlehre, II. Th., II. Abth, II. Buch, II. Hauptst., 9. Absch., p. 431.

3. V. KANT, **2**, Vorrede, p. 2, note.

4. *Ibid.*, p. 6.

5. Il dit encore : *wenn man sie* (die Freiheit) *noch retten will*, **2**, I. Th., I. B., III. Hauptst., p. 115.

6. V. KANT, **4**, § 91, pp. 322-323.

qui doit être. L'exigence pratique, normative — comme nous avons déjà dit dans l'*Introduction* — ne peut être absoute par la science, ni même par une philosophie, qui ne veuille point dépasser l'expérience, tout en s'efforçant de percer le réel de la façon la plus pénétrante possible.

On ne peut fonder le devoir, quoi qu'on dise, sur des bases scientifiques; on ne peut dresser une table de commandements et de défenses sans faire appel à un acte de foi, sans solliciter, au moins, l'adhésion à un postulat, qui, par définition, doit être hors discussion, mais qui ne peut être posé sans sortir du terrain de l'expérience. C'est seulement le sentiment, qui a sa racine dans les plus profondes raisons de l'être; c'est seulement l'action, qui peut composer cette dissension entre la science et la vie, entre notre morale, qui, voulant être scientifique, ne peut être qu'une analyse psychologique de l'action, et notre moralité, qui peut avoir toutes les imperfections, mais a aussi toute la plénitude de la vie[1]. Mais, tout en confessant que dans l'insolubilité scientifique du problème moral nous reconnaissons la source de la plus haute douleur humaine, nous ne pouvons pas contraindre notre raison, qui s'y refuse, à adopter, près de l'interprétation déterministe — ou mieux fonctionnelle — de l'univers, qui est plus qu'une intuition, parce qu'elle est la seule théorie conforme au rythme

1. Mais, comme dit SCHOPENHAUER, « die Tugend wird nicht gelehrt... Wir würden... so thöricht sein, zu erwarten, dass unsere Moralsysteme und Ethiken Tugendhafte, Edle und Heilige, als dass unsere Aesthetiken Dichter, Bildner und Musiker erweckten. » (IV. Buch, § 53, p. 355.)

de notre constitution mentale, l'interprétation finaliste de l'univers, qui n'est qu'une intuition, dépourvue de toute aptitude à être démontrée. Cela ne nous ôte pas la possibilité de concevoir tout l'univers, aussi bien le monde inorganique que le monde organique, le monde de la nature non moins que celui de l'histoire, en termes mécaniques, ou, pour mieux dire, fonctionnels.

Si, comme nous avons dit, l'ordre naturel est un système de rapports entre toutes les choses de l'univers, il est clair que, n'adoptant point l'intuition finaliste, et ne concevant pas le royaume de l'activité humaine comme une zone à part, exempte de la loi universelle de la causalité, ou pouvant être considérée sous deux aspects, sensible et intelligible, dont le premier seulement obéirait à cette loi, tandis que l'autre serait libre, nous devrons considérer l'ordre des faits humains et des choses humaines, et les différents ordres, dans lesquels celui-ci peut être divisé, seulement comme des parties ou mieux des aspects de l'ordre naturel.

L'ordre économique, l'ordre juridique et l'ordre moral seront ainsi conçus en termes fonctionnels : c'est — nous devons le confesser, non moins que les sectateurs des théories métaphysiques — la seule façon, scientifiquement légitime, c'est-à-dire positive, de les considérer. Certes, en suivant cette méthode, et en voulant être conséquents, on ne peut imposer des impératifs. On peut toutefois dévoiler, moyennant l'analyse psychologique, l'intime ressort de ceux-ci, du devoir aussi bien que du droit et de l'intérêt. La science et la philosophie positive ne peuvent

— croyons-nous — aller plus loin. Mais qu'on ne nous dise pas qu'avec ces procédés on détruit la moralité et le droit! Autant vaudrait soutenir que le devoir et le droit sont des joujoux, qui se cassent lorsqu'on en met à nu le mécanisme! Même si, au point de vue théorique (et toute science, et toute philosophie, ne peuvent être que théorie) on décompose dans leurs éléments l'ordre économique, l'ordre juridique, l'ordre moral, les principes dont ils dérivent et auxquels ils aboutissent — à savoir, l'intérêt, le droit, le devoir — ne perdent un atome de leur valeur pour la vie pratique.

17. Tout en rappelant ce que nous avons dit, qu'il n'y a point d'hiatus entre théorie et pratique, entre science et action, la théorie ayant des éléments pratiques et la pratique étant guidée par des données théoriques, on peut toutefois concevoir l'univers comme un système de connaissances ou comme un champ d'actions.

La connaissance est, comme nous avons vu, un tissu de sensations; et toute science est une analyse de ces sensations, c'est-à-dire une analyse de l'expérience. L'expérience, en elle-même, est une synthèse; et la vie, qui n'est qu'expérience, est, elle aussi, synthétique.

De même que, pour parvenir à la connaissance, à la théorie de l'expérience, il faut y distinguer diverses séries de sensations, en les encadrant en différents tableaux représentatifs de la réalité; pour parvenir à la connaissance, à la théorie de la vie pratique, il faut d'abord la décomposer en ses différents aspects.

Mais, de même que la géométrie ou la mécanique ou la chimie ne représentent pas tout le réel, mais en étudient seulement un côté, l'économie ou la morale ou le droit ne reproduisent pas toute la vie pratique, n'en reflétant que les différents aspects.

Économie, droit, morale ne sont que des simplifications théoriques de la vie pratique, qui est un assemblage d'actions, dérivées d'une concomitance de critères (de même que l'expérience n'est qu'un assemblage de sensations, dérivées d'une concomitance d'excitations). Les concepts d'économie, de droit, de morale — ou, pour mieux dire, les critères économique, juridique, moral — ne sont pas implicites dans les faits, mais ne résultent que d'une décomposition, d'une analyse que l'esprit exerce sur les actions. Et de même que l'abstraction est légitime dans les sciences qui étudient le milieu cosmique — et c'est seulement moyennant l'abstraction qu'on est parvenu à la constitution de la physique, de la chimie, de la mécanique, etc., études des différents aspects des faits — légitime est aussi l'emploi d'abstractions analogues dans l'étude de la vie pratique, pourvu qu'on conserve à l'*homo œconomicus*, à l'*homo juridicus*, à l'*homo moralis* (qui ne représentent que le côté subjectif des rapports étudiés par les différentes sciences de la vie pratique) leur caractère véritable, d'abstraction d'aspects particuliers de la conscience, qui est une synthèse, comme est une synthèse la vie et l'expérience. Il est vrai que les actions humaines, d'ordinaire, ne sont pas précédées par une longue élaboration mentale; mais, au contraire, elles font suite immédiatement à une rapide décision, qui est une

composition de critères plus ou moins consciente. Mais comme on peut, au moyen de l'analyse, décomposer l'expérience, de même pouvons-nous théoriquement décomposer dans ses différents aspects l'action, et aussi la rapide élaboration mentale, dont elle est le produit.

Prenons l'exemple d'une action quelconque, pour banale qu'elle soit.

Titius achète de Caïus dix mètres de drap. Ce simple fait peut être considéré sous plusieurs aspects. Faisons abstraction de tous les côtés que, faute de mieux, nous pourrons appeler matériels, de la question. Ne considérons pas la qualité du drap, qui est le produit de plusieurs conditions chimiques, mécaniques, agronomiques, géologiques, etc. Ne considérons, non plus, la couleur du drap, la ville ou le village où est fait l'achat, la saison, etc., etc. Considérons seulement les côtés, que nous pourrons appeler humains, du fait. D'après quels critères est gouverné l'achat fait par Titius? Quelle élaboration mentale le précède? Titius veut acheter ces dix mètres de drap, parce que ces dix mètres représentent une utilité pour lui. Il en a besoin, en d'autres mots. Il ressent une privation, qui pourrait être apaisée par cet achat. D'ailleurs, le prix, qui lui est demandé, ne lui semble pas trop cher. Le sacrifice, que lui coûte le déboursé de la somme nécessaire à l'achat, lui paraît ne pas être supérieur à celui que lui coûterait l'achat, qu'il pourrait en faire chez un autre marchand. S'il épargnait cette somme, il pourrait — cela est vrai — se procurer d'autres satisfactions : il pourrait, d'abord, capitaliser ces quelques francs, ou il pourrait, encore,

acheter du vin, de la viande, aller au théâtre, etc. Mais le besoin d'acheter ce drap lui semble plus urgent que ces autres; la privation de ce drap, en ce moment, lui semble plus douloureuse que la privation de ces autres choses. Et, d'après ces critères, il fait son emplette. Qu'est-ce qui est enveloppé — pour ainsi dire — dans ces critères? Une masse de choix et de prévisions. Des choix entre l'abstention et l'action, entre l'épargne et l'achat, entre l'achat du drap et du vin ou de la viande, entre l'utilité que représentent pour Titius ces mètres de drap et l'autre utilité, que représenterait pour lui une soirée passée au théâtre, etc. Des prévisions, aussi : car le jugement d'utilité n'est, en somme, qu'une comparaison entre un état actuel de privation, en dernière analyse de douleur, et l'attente, l'espoir d'une satisfaction, qui soit suffisante à effacer cette douleur. Cette prévision donne l'impulsion à l'achat, de même que d'autres prévisions, qui accompagnent la possibilité d'autres actions (Titius prévoit que la satisfaction qu'il éprouverait en achetant du vin, au lieu de ce drap, ou en allant au théâtre, serait inférieure à celle qu'il éprouvera en venant en possession du drap) retiennent Titius d'accomplir ces actions.

Mais l'action de Titius n'est pas seulement précédée de ces considérations, bien que dans la vie elles soient faites bien plus rapidement qu'elles ne sont écrites, et quelquefois même implicites dans l'action et obscures aussi pour la conscience de celui qui l'accomplit. Un autre ordre de considération peut précéder l'action de Titius. Il peut se demander : je désire acheter ces mètres de drap; mais dois-je le

faire? Il sait qu'en achetant ce drap, il satisfait non seulement un besoin, mais il accomplit aussi un devoir. Quel devoir? Celui d'habiller ses enfants, par exemple, qui rentre dans ses devoirs de père de famille. Mais il n'a pas seulement ce devoir. Il pourrait dépenser cette somme de mille autres façons. Il pourrait — même en ne sortant pas du cercle de ce genre de devoirs — acheter des livres pour ses enfants, c'est-à-dire pourvoir au devoir de les instruire, au lieu de celui de les habiller. Mais Titius n'est pas seulement père de famille. Il est un homme pieux; et il pourrait dépenser cette somme dans une messe pour l'âme de ses parents. Il est encore un citoyen et, comme tel, il pourrait donner cet argent au journal de son parti. Et, tout simplement comme homme, il a des devoirs envers lui-même : il pourrait, au lieu d'acheter des vêtements pour ses enfants, se procurer un amusement pour se soulager après le travail. Et — en sortant de ses considérations — Titius a d'autres devoirs : il doit être à son bureau à cette heure exacte, au lieu de s'arrêter pour faire son emplette; il devrait visiter un ami; il devrait assister à une réunion. D'autres prévisions, d'autres choix le décident à acheter ce drap. Le devoir de dépenser cette somme, à ce moment, de cette façon, lui semble représenter non seulement sa plus grande utilité, mais aussi son plus grand devoir : la satisfaction que sa conscience éprouvera lorsqu'il aura acheté ce drap pour habiller ses enfants, lui semble, à cet instant, la plus haute possible. Et il l'achète.

De ce que nous venons de voir en analysant un fait si simple de la réalité quotidienne on peut tirer cette

conséquence importante : que le réel, qui, dans la théorie, est connu et conçu comme un système de sensations actuelles ou potentielles, dans la vie pratique devient l'objet d'une considération spéciale : il est apprécié.

Quel est l'élément caractéristique de l'appréciation? C'est une réaction particulière de la conscience humaine vis-à-vis des choses ou des faits. Comment surgit cette réaction? De deux façons, croyons-nous. Et ce sont justement ces deux façons qui, expliquent les différents caractères des deux genres d'appréciations, des deux espèces de valeurs : économique et éthique.

L'organisme humain, comme tout autre être vivant, éprouve des besoins, c'est-à-dire des douleurs, des privations qui demandent à être apaisées. Or, vis-à-vis des choses, de même que dans l'esprit humain se forme une somme de connaissances, qui ne sont que des sensations analysées et condensées, se forme aussi une somme d'appréciations. On ne connaît pas seulement les choses; on les juge. D'après quel critère les juge-t-on? D'abord — ou, pour mieux dire, sous un aspect — on les juge d'après leur propriété d'apaiser un besoin. On calcule, on prévoit — sur le fondement de la condition actuelle, ayant obtenu telles satisfactions et ayant éprouvé tels besoins — le plaisir, la satisfaction qu'on obtiendra en possédant cette chose. Et on juge, si le plaisir qu'on espère obtenir par le moyen d'une chose *vaut la peine* qu'elle coûte pour s'en emparer. Ainsi naît le critère de la valeur économique. L'élément subjectif de l'économie est la satisfaction des besoins

humains[1]. On fait toujours une comparaison entre l'utilité qu'on espère tirer d'une chose et le sacrifice requis pour l'atteindre[2]. « L'utilité — nous enseigne le prince des économistes italiens modernes[3] — est dans la chose, la valeur est dans l'intelligence de l'homme. Celle-là est une aptitude de la matière par rapport à l'homme; celle-ci est le jugement de l'homme sur l'aptitude de la matière. » La valeur économique n'est, donc, qu'un rapport entre une besoin et une utilité. Or, le critère de la valeur économique est essentiellement relatif[4]. Pour un homme, qui meurt de soif, quelques gouttes d'eau représentent une utilité énorme : il se donnerait n'importe quelle peine, il ferait n'importe quel sacrifice pour se les procurer : à moins qu'il ne préfère mourir, ces gouttes d'eau, qui représentent pour lui le salut, ont un prix très élevé. Pour un homme, qui n'aurait point soif, ces gouttes d'eau n'ont aucune valeur. Pour un poitrinaire l'air de montagne en hiver peut représenter telle utilité (il espère en tirer un tel profit), qu'il est disposé à faire n'importe quel sacrifice pour être en état de le respirer. Pour moi, cet air ne représente aucune utilité.

Mais il y a une autre espèce de réaction dans la conscience humaine vis-à-vis du milieu.

Le critère économique s'exerce sur des objets du monde extérieur, mais c'est, au fond, un critère de distinction des actions humaines par rapport à ces objets — actions, qui sont divisées en deux grandes

1. Ferrara, Vol. II, Parte II, p. 100.
2. V. *id.*, Vol. I, Parte II, p. 546.
3. *Id.*, *ibid.*, p. 379.
4. V. *id.*, *ibid.*, p. 380.

séries, selon qu'elles présentent ou ne présentent pas le caractère de l'utilité, de l'aptitude à apaiser un besoin.

Or, ces mêmes actions, en comprenant dans ces mots non seulement les actes matériels mais tout changement qui advient et dans le monde extérieur et aussi dans le monde de la conscience, peuvent être appréciées selon un autre critère, selon leur rapport « au concept fondamental, explicite ou implicite, qu'on a de la vie dans la totalité de ses buts[1] ». Tout homme, de même qu'il a des besoins, a, aussi, une conception de la vie et du monde. Une conception — pourrait-on dire — plus ou moins claire, élaborée ou primitive, originale ou simplement reçue. Mais tout homme, qui mesure les actions d'après celui qui lui paraît être le bien — l'appréciation morale étant et restant toujours un acte subjectif[2] comme l'appréciation économique — reconnaît que, par rapport à ce bien, il doit accomplir telles actions et il doit s'abstenir d'autres. Mais le critère moral, de même que le critère économique, est relatif. Tel homme peut concevoir comme son bien suprême l'accomplissement de ses devoirs de père de famille; tel autre, celui de ses devoirs de citoyen; « les individus peuvent présenter d'extrêmes diversités sous le rapport de la conscience et ce serait dogmatiser de prétendre fixer un type déterminé comme le seul bon[3] ». « Le principe du bien... entraîne comme une conséquence nécessaire qu'en aucun cas un être personnel ne soit traité

1. V. Orestano, p .288.
2. V. Höffding, p. 24.
3. *Id.*, p. 71.

seulement comme un moyen. C'est pourtant ce qui aurait lieu si la morale avait dit son dernier mot en formulant une loi universelle effaçant toutes les diversités personnelles. La véritable loi morale doit individualiser, c'est-à-dire exiger de chacun le travail qu'*il* est capable d'exécuter[1]. » Et encore, même donné un principe moral comme suprême, absolu, universel — l'altruisme, par exemple, qui entraînerait le devoir du sacrifice de soi-même pour l'avantage des autres — puisque c'est de la conscience que relève l'appréciation morale, puisque « la lumière qui nous éclaire tout le reste doit en définitive se trouver en nous-mêmes[2] », la conscience jugera que tel sacrifice est bon dans un cas, et tel autre dans un cas différent : et c'est cette diversité des contingences pratiques, et la diversité des consciences, dans lesquelles se forme le jugement moral, qui rendent et ne peuvent ne pas rendre variable le contenu du critère moral.

La valeur morale, de même que la valeur économique, consiste essentiellement dans un rapport. Le critère économique est une comparaison entre une sensation actuelle de douleur, la prévision de l'effort nécessaire pour la faire cesser, la prévision du plaisir conséquent. Le critère moral est beaucoup plus complexe. Il consiste, en effet, dans la comparaison entre une sensation actuelle, de satisfaction ou de dégoût vis-à-vis de telle action, et une conception générale du monde et de la vie, qui est une lente élaboration psychologique.

1. Höffding, p. 73.
2. *Id.*, p. 66.

Mais, — nous disent les économistes et les moralistes — on peut parler d'économie et de morale, même admettant l'existence d'un homme isolé.

Titius détache un fruit d'un arbre pour se nourrir. Dans ce simple fait, l'économiste voit accompli le profil d'un acte économique : il y voit un besoin humain, satisfait par un objet extérieur, atteint moyennant une peine, si petite qu'elle soit : il y trouve un travail, un produit, une matière, une utilité, une forme sensible à laquelle elle est liée, une destruction qui constitue la consommation de cette forme, une satisfaction que l'homme en dérive. La seule chose, dont l'économiste ne puisse parler dans ce cas, est la distribution des richesses. Mais tous les autres éléments, nécessaires et suffisants pour qu'on puisse parler d'un fait économique, il les trouve dans ce simple fait accompli par un homme isolé[1].

Le moraliste, aussi, se représente comme le cas le plus simple de la morale « celui où le sujet agissant juge sa propre action, sans avoir conscience d'autres êtres dont il faudrait tenir compte[2] ». Et il y a tel théoricien de la morale, qui pense être autorisé à tenter l'abstraction de l'homme seul, de l'*homme philosophique*, pour « comprendre et définir une sphère spéciale de la moralité ». Les devoirs envers soi-même — le devoir, par exemple, de conserver sa santé, non seulement en vue de demeurer capable de jouir, mais en vue de l'intérêt de la raison — s'expliquent très bien, en partant de l'hypothèse d'un homme isolé[3].

1. V. Ferrara, Vol. I, Parte I, p. 677.
2. Höffding, p. 26.
3. V. Renouvier, t. I, pp. 12, 13-14, 15.

On peut parler, donc, aussi bien d'une économie individuelle et d'une économie sociale, que d'une morale individuelle et d'une morale sociale[1].

Toute action humaine peut être considérée et appréciée aussi bien sous le point de vue de l'économie que sous le point de vue de la morale : sous le premier, comme conquête d'une utilité; sous le second, comme accomplissement d'un devoir.

Le postulat de la première considération est l'existence d'un besoin, qu'on tâche à satisfaire; celui de la deuxième est l'existence d'un idéal, auquel on tâche à se conformer[2]. Le critère économique et le critère moral peuvent être décomposés en termes fonctionnels; mais, pour le deuxième, il faut admettre comme une donnée de fait, vivant et opérant dans la conscience, un idéal.

Si nous appelons A le critère économique et B le critère moral, on peut dire que tout ce qui peut être apprécié par A (à savoir, non les choses, mais les actions nécessaires à se les procurer[3]) peut l'être aussi par B; et inversement — en substituant, dans l'appréciation de l'action, à la conformité à un idéal, l'acquis d'une utilité. Il y a, donc, la possibilité d'une réversibilité des deux critères, qui ont la même ampleur sur le même contenu : à savoir, toutes les actions humaines. Mais si, même admettant un homme isolé (qui, d'ailleurs, n'a jamais existé), on peut parler —

1. C'est ainsi qu'est divisée l'économie de VALENTI et la morale de HÖFFDING.

2. V. HÖFFDING, pp. 57-58.

3. « Ciò che *l'uomo*, in realtà, vuole, sono, non già le cose, ma le azioni. » (CROCE, 2, p. 273).

ou, mieux, faire l'hypothèse — d'une économie et d'une morale, peut-on parler aussi de droit?

Titius, seul dans une île déserte, peut s'emparer d'une chose pour conquérir telle utilité, pour satisfaire à tel besoin. Il peut aussi accomplir tels devoirs envers soi-même ou envers la divinité, s'il y croit. Mais peut-il aussi exercer des droits? S'il n'y a aucun de ses semblables sur cette île, s'il n'y a, tout au plus, que des animaux inférieurs, on ne peut parler d'une *societas* entre lui et eux; il ne peut avoir aucune prétention ni aucune responsabilité envers personne; ses actions n'ont aucune tutelle, excepté celle qui peut être exercée par ses propres forces, mais, ne lésant personne, n'encourrent en aucune sanction, sauf la sanction de sa conscience individuelle. Sa liberté et sa propriété (si l'on peut encore employer ces termes dans l'hypothèse d'un homme isolé) n'ont point de limites, excepté celles qui se trouvent dans le naturel épuisement de ses forces ou dans le contrôle de sa conscience morale. La demande qu'il pourrait se poser avant d'accomplir une action quelconque : est-ce que je *peux* l'accomplir? — n'aurait une signification que par rapport aux obstacles physiques ou moraux, que l'action pourrait rencontrer (des obstacles individuels, les uns et les autres), mais n'aurait aucune signification juridique, tout obstacle social ayant disparu, par hypothèse. Tandis que le critère économique et le critère moral sont des appréciations, qui regardent le côté individuel des actions humaines et se consomment, pour ainsi dire, dans le cercle étroit de la conscience individuelle, n'étant que des comparaisons entre l'état actuel et une utilité

qu'on prévoit ou un idéal auquel on veut se conformer — le critère juridique n'apprécie, des actions humaines, que leur côté interhumain, social; ne peut s'exercer qu'en présupposant la coexistence, réelle ou possible, d'autres individus de l'espèce humaine.

Dans l'exemple banal, que nous avons fait auparavant — Titius achète dix mètres de drap de Caïus — le critère juridique s'accompagne du critère économique et du critère moral, se présentant sous forme de cette demande, que Titius se pose : est-ce que je peux faire cet achat? Et il répond : il n'y a aucun obstacle, non seulement physique, mais pas même social (pour ainsi dire) à mon action. En d'autres mots : j'ai le droit d'acheter ce drap. Je sais qu'il n'a pas été volé, j'ai mon argent dans ma poche, je n'ai point de dettes envers personne. Donc : je suis dans mon droit, je ne lèse personne, en achetant ce drap. Une prévision, même ici : si j'achète ce drap, j'aurai accompli un négoce juridique, et, comme je ne serai pas sorti de la sphère de mon droit, je n'encourrai en aucune responsabilité ni civile ni pénale. Y a-t-il aussi un choix? Il n'y en a qu'un : je puis exercer mon droit d'acheter ces mètres de drap, et je puis aussi m'en abstenir. Le droit n'a égard à mon achat que sous cet aspect : il me concède de le faire, et il me concède aussi de m'en abstenir; ou, pour mieux dire, le droit ne me permet de faire mon achat qu'en payant un juste prix. Le droit oppose des obstacles à mon intérêt : certes, mon plus grand intérêt serait de m'emparer de la chose avec le seul effort matériel de m'en emparer, sans débourser aucun prix. Mais, si je faisais cela, le droit me châtierait comme voleur. En ce sens,

le droit est un obstacle à mon désir, à mon intérêt — obstacle, qui, pourtant, protège l'intérêt du vendeur. Il y a des actions, que j'aime accomplir et que je peux accomplir (je désire acheter ce drap, et le droit ne m'empêche pas, pourvu que je paye son prix; c'est un obstacle à mon action, mais je le surmonte, en comparant l'utilité de payer ce prix à l'utilité d'éviter une peine légale). Il y a des choses, que j'aimerais, mais que je ne peux pas posséder, parce qu'elles me coûtent trop, et que l'obstacle juridique se superpose à l'obstacle économique; ou je pourrais même m'emparer facilement de ces choses que j'aime, mais le droit me retient de le faire avec sa menace de me condamner comme voleur. Et il y a enfin des choses que je pourrais faire, qui rentrent dans la sphère de mon droit (je pourrais sortir aussi bien que rester chez moi; je pourrais faire tel achat en payant tel prix; je pourrais m'en aller de mon pays), mais que je n'aime point faire : elles seraient licites, mais elles ne me paraissent point utiles.

Et, si j'ai un devoir, ai-je aussi le droit d'accomplir mon devoir? Certains auteurs disent que oui : ils affirment que, dans le même système, il ne peut y avoir d'opposition entre le devoir et le droit[1]. Mais ces auteurs soutiennent (et ils ne s'en défendent point) la théorie du droit naturel, indépendamment de l'ordre juridique établi. Car, dans la vie, on peut *sentir* comme un devoir l'accomplissement de telle action, qui, au contraire, est défendue par le droit. Titius croit de son devoir d'ensevelir le cadavre de sa

1. V. Del Vecchio, 2, pp. 65-67.

femme, morte sous les ruines de Messine. Mais il ne peut point le faire, car l'autorité, qui maintient l'état de siège, l'empêche de faire les fouilles nécessaires.

Il y a des héros, qui suivent le critère du devoir, en opposition au critère économique et sans se soucier du critère juridique. Et il y a des criminels, qui ne suivent que le critère économique sans se soucier des critères juridique et moral. Tandis que pour la plupart des hommes c'est une composition de critères, qui règle l'action. Et, d'ordinaire, le critère juridique, qui n'est qu'un raccourci du critère moral, sert de limite au critère économique. Dans ce sens, le droit apparaît comme le devoir de limiter l'utilité.

M. Croce, le penseur italien bien connu, voudrait supprimer le droit comme forme universelle de l'esprit[1]. Dans l'esprit pratique, il ne voit que deux formes : économique et éthique, « qui épuisent tout à fait la connexion de fini et infini[2] ». La catégorie économique est l'utilité (volition de l'individuel) et la catégorie éthique est la moralité (volition de l'universel). Le droit rentre dans la catégorie économique; ou, pour mieux dire, activité juridique et activité économique sont la même chose. La loi n'est qu'un produit individuel; il n'y a aucune différence, au point de vue philosophique, entre les lois de la coutume et les lois juridiques, ni entre les programmes pratiques que l'individu pose à soi-même, à son activité future, et les lois que la société lui impose. Une action ne peut être considérée, par la philosophie,

1. V. pour cette discussion, CROCE, **3**, partic. II, et **2**, partic. Parte II, Sezione I, et Parte III, spéc. I-V.
2. CROCE, **2**, p. 254.

que sous deux points de vue : « ou comme pure action, pure volonté; et là est le point de vue économique[1] » — ou « comme action, qui vise ou ne vise pas au but suprême de l'homme; et celui-ci est le point de vue éthique[2] ». Il est clair que, en admettant qu'il n'y ait que ces deux formes d'évaluation, il ne reste qu'à abolir la considération juridique, ou à l'identifier avec l'une ou l'autre de ces deux.

Mais il faut observer, d'abord, que tout fait, même tout fait humain, comme tel, n'est qu'un fait mécanique; il ne devient, il n'est apprécié comme fait économique qu'à travers la conscience humaine, qui l'évalue. M. Croce, lui-même, dit très bien que « le fait économique n'est pas fait mécanique, ou qu'entre le côté mécanique d'un fait et son côté économique il n'y a pas de passage... Le fait économique est un fait d'*évaluation* (positive ou négative); tandis que le fait mécanique est un pur fait[3] ». Mais si l'activité humaine, considérée en elle-même, était, par définition, économique, dans la signification qu'on pourrait dire eulogistique du mot (c'est-à-dire, dans ce cas, conforme à l'utilité), il n'y aurait plus de place pour des actions anti-économiques, pour une conduite anti-économique. Toutes les actions humaines, par définition, devraient être économiques. Et alors disparaîtrait l'économie comme évaluation, car éva-

1. Croce, **3**, p. 32. « La convenance économique est la condescendance de fait (c'est-à-dire, en dehors de toute considération morale) » (**4**, p. 152.) — L' « activité économique est celle qui peut et effectue ce qui correspond seulement aux conditions de fait, dans lesquelles l'homme se trouve. » (**2**, p. 219.)

2. V. encore Croce, **3**, p. 32.

3. V. Croce, **5**, pp. 263-264.

luation est discrimination des actions. Certes, le critère économique n'est pas le critère moral, qui cherche dans les actions « ce qui les surpasse[1] ». Considéré au point de vue économique, le fait est « indépendant de toute détermination morale ou immorale[2] ». Mais peut-on parler de l'activité économique comme d'une activité pratique *pure?* L'activité pratique comme telle, qui n'est ni morale ni immorale, n'est, non plus, ni économique ni anti-économique : elle est a-morale et an-économique. C'est seulement en passant par le prisme de la conscience humaine qu'elle est évaluée sous le point de vue de l'économie et de la morale. Mais comme toute action humaine n'est qu'un produit d'une volition de la conscience, nulle action humaine ne peut échapper à ce contrôle, qui est double, car il précède l'action, en la déterminant, et la suit, en la jugeant. Ni pour l'économie ni pour la morale, il n'existe des actions indifférentes[3]. C'est ce que nous avons dit, en soutenant la réversibilité des deux critères. Comme il n'y a aucun fait brut, comme on dit, qui ne soit ou ne puisse être analysé par la science, qui ne soit susceptible de devenir un fait scientifique[4], ainsi il n'y a aucune action humaine, qui ne soit susceptible d'évaluation.

L'évaluation économique est un point de vue individuel; le critère économique est l'appréciation d'une action en termes *individuels :* l'individu ne pense qu'à

1. Croce, 2, p. 223.
2. Croce, 5, p. 280.
3. V. Croce, 2, p. 248.
4. ...quicquid essentia dignum est, id etiam scientia dignum, quae est essentiae imago. » (Bacon, *Novum Organum*, Liber I, Aph. CXX. *Works*, I, p. 214.)

soi-même; il pense seulement si l'action vaut la peine, l'effort, le prix qu'elle lui coûte.

L'évaluation éthique est un point de vue universel; le critère éthique est l'appréciation d'une action en termes *universels*[1], parce qu'on considère les actions non plus sous l'aspect de l'utilité individuelle, ni même de l'*utilité* sociale, mais on part de la considération de l'univers, de la considération (ou de l'intuition sentimentale) de la vie et du monde, d'une appréciation religieuse (toute éthique individuelle est, dans un certain sens, religieuse; est appréciation de la valeur transcendante de l'action) et du présupposé que la vie mérite d'être vécue[2].

Mais n'y a-t-il pas d'autres critères que ceux-ci?

M. Croce répond non, en disant, comme nous avons vu, qu'ils épuisent la dualité de fini et infini. Mais M. Croce, pour retrancher le critère du droit de la conscience humaine, a dû se passer de cette médiation nécessaire entre l'individu et l'univers, qui est la société humaine, sans laquelle, comme disait Fichte et comme nous l'avons rappelé dans le chapitre précédent, ne pourrait pas même se former l'esprit humain. L'homme ne devient homme que parmi les hommes. En disant que les lois « constituent ce qui s'appelle l'ordre social, ou même (*anzi*) l'ordre cosmique[3] », le concept de société humaine s'en va, noyé dans l'océan de l'univers. Mais M. Croce dit que « la société, dans sa signification empirique, est contin-

1. V. Croce, **2**, pp. 309-311.

2. V. Höffding, p. 180. Le suicide est une négation des valeurs de la vie.

3. Croce, **2**, p. 354.

gence », que le concept d'identité d'espèce est un concept des naturalistes, que cette identité pourrait faire défaut, et la société resterait tout de même. « Un homme peut ne pas trouver, dans une multitude d'hommes, ses semblables, et se conduire comme si ces autres hommes n'existaient pas ; mais cela n'empêche qu'il vive en société avec les êtres, qu'on dit naturels, avec son chien, avec son cheval, avec les plantes, avec la terre, avec les morts et avec Dieu[1]. » Certes, on ne peut penser un *rapport juridique* avec un chien ou avec les plantes, avec la terre ou avec Dieu. Mais cela n'empêche — dirons-nous à notre tour — que les actions de tout homme social, c'est-à-dire de tout individu qui a vécu, vit et vivra, soient dirigées, non seulement selon le critère économique ou moral, mais aussi selon le critère juridique.

Comme l'action humaine est traduite en termes individuels, d'après le critère économique, et en termes universels, d'après le critère moral, elle est traduite en termes *sociaux*, d'après le critère juridique. Nous avons dit, dans le premier Chapitre, que le sentiment juridique est le sentiment de l'existence sociale ; le critère juridique, qui vit et opère, avec plus ou moins de vivacité, dans toute conscience humaine, est justement le reflet de la vie sociale. Le critère juridique est, lui aussi, un critère interne, intime de la conscience ; mais — c'est en cela que M. Croce a raison — il est, plutôt qu'une évaluation spontanée, ou une discrimination individuelle des actions, une constatation de la conformité ou de la non-conformité des actions

1. Croce, *ibid.*, p. 326.

aux règles sociales, à cette *proportio* des hommes, en quoi consiste le droit. Le postulat du critère économique est le besoin individuel; celui du critère moral est un idéal opérant dans la conscience; celui du critère juridique est la coexistence humaine et sa représentation dans la conscience individuelle. Mais, tandis que le critère économique et le critère moral sont des comparaisons tout individuelles entre un besoin et une utilité, ou entre la possibilité d'une action et un idéal, et se résument dans les demandes : est-ce que je désire, et est-ce que je dois accomplir cette action? — la particularité du critère juridique consiste dans la représentation du monde social, et des obstacles que la coexistence des autres hommes oppose à l'action individuelle, et se résume dans la demande : est-ce que je peux l'accomplir? Avec le critère juridique, l'individu pense aux autres individus; il pense si, avec son action, il n'offense pas la liberté des autres individus de son espèce[1]. C'est pour ne pas avoir suffisamment considéré tout cela que M. Croce a pu liquéfier le droit dans l'économie, en parlant, comme de lois, des programmes de vie ou de conduite que l'homme impose à soi-même[2], et qu'il a pu dire que « les seules lois, qui existent réellement, sont les lois individuelles[3] ».

Certes, tout le droit peut être évalué en termes

1. Il faut, pourtant, considérer que le concept de la société humaine a une ampleur différente, selon qu'on la conçoit dans son ensemble ou dans ses parties; et pour cette raison on doit distinguer un ordre juridique national et international.

2. V. Croce, 2, pp. 327-328.

3. *Id.*, *ibid.*, p. 331.

économiques. Déjà les Romains avaient dit : « totum ...ius consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo » (l. 41 D. de legib. I, 3). Mais ils pensaient, avec cela, à la fonction économique du seul droit privé, qui, en effet, est une réglementation des biens, considérés dans leur valeur d'usage (droit civil) ou d'échange (droit commercial[1]). Toute institution du droit privé vise à un but économique. Mais si par acte *économique* nous entendons tout acte qui vise à obtenir une utilité par moyen d'un effort, toutes les institutions, non seulement du droit privé, mais aussi du droit public, pourront être évaluées en termes économiques. La condamnation d'un coupable, par moyen de tous les efforts établis par l'État pour parvenir à la prononciation et à l'exécution de la sentence, vise à l'utilité de retrancher, pour ainsi dire, de la circulation tel individu dangereux et de prévenir, si possible, des actes semblables à celui qu'a commis le condamné. Le citoyen, qui sort de chez lui pour déposer son vote en faveur de tel candidat à la députation, estime que l'utilité qu'il souhaite obtenir avec le triomphe de tel représentant de ses idées vaut la peine que cela lui coûte. Les exemples pourraient se multiplier. Et tout le droit peut être évalué aussi en termes moraux. Si l'appréciation morale n'est qu'un choix entre plusieurs actions physiquement possibles, dont une seulement est imposée comme le plus haut devoir, il est clair que tout fait juridique (la confection d'un testament ou la conclusion d'un traité, la condamnation d'un prévenu ou l'achat d'une pro-

1. V. Brugi, 1, p. 222.

priété) peut être évalué en termes éthiques. C'est encore la morale qui peut juger le droit existant et sa conformité ou non conformité à un idéal; c'est la morale qui peut juger de l'application des lois. La conscience morale peut même blâmer tel arrêt, auquel la conscience juridique doit — ou veut — prêter observance. Socrate préfère se soumettre aux lois de sa patrie, bien qu'injustement appliquées, en mourant, que se sauver, en les offensant.

Il paraît, au contraire, que l'étendue du critère juridique est moins ample que celle du critère économique ou moral. Toutes les actions humaines peuvent être appréciées, comme nous avons vu, au point de vue de l'économie ou de la morale. Et, pour cela, tout fait juridique le peut aussi. On pourrait croire que tout ce qui est apprécié par l'économie ou par la morale ne le puisse être aussi par le droit. On a parlé, en effet, d'une économie et d'une morale individuelles; de rapports économiques, qui se consomment entre un homme et une chose; de devoirs, que l'homme a envers soi-même. Mais ce n'est que par fiction qu'on parle, dans l'économie et dans la morale, d'un homme isolé, qu'on considère comme tel seulement pour simplifier l'objet qu'on étudie, tandis que, dans la réalité, on ne trouve que des hommes associés. Il est alors évident que tout fait humain, c'est-à-dire toute action extérieure, se produit parmi d'autres hommes. Toute action humaine est une action inter-humaine. Et alors elle peut être appréciée, aussi bien par l'économie ou par la morale, que par le droit, peut être marquée avec le cachet juridique : de même qu'elle est appréciée comme utile ou nuisible, comme bonne ou

mauvaise, elle peut être considérée aussi comme licite ou illicite.

Nous avons vu qu'il n'y a pas d'actions indifférentes pour l'économie ou pour la morale. Il n'y en a pas même pour le droit, qui considère toute action humaine comme licite ou illicite.

Le *licite* — voilà le point de repère du droit, comme l'utile l'est de l'économie, et le bon de la morale. C'est un mérite de Schleiermacher d'avoir rigoureusement affirmé que le concept du licite doit être retranché du champ de la morale et qu'il entre dans la sphère du droit et de la coutume[1]. Certes, si le critère moral est une discrimination des actions, dont une seulement est imposée comme obligatoire, c'est-à-dire conforme à ce devoir, qui apparaît comme l'idéal le plus haut, le *summum bonum* (et même si, ou justement parce qu'on admet une table des valeurs morales, on doit poser telle valeur comme suprême), il y aurait contradiction si l'on concevait telles actions comme moralement indifférentes, c'est-à-dire comme licites, mais non obligatoires. Et les moralistes et les théologiens, qui s'en occupent[2], ont le tort de considérer comme un critère moral ce qui n'est qu'un critère juridique. Seulement Pfleiderer et Wendt, parmi les auteurs étudiés par M. Mayer, ont, au moins, le mérite de distinguer le licite au point de vue juridique et au point de vue moral[3]. Mais M. Mayer a raison : le problème,

1. V. Mayer, pp. 1-2, 5-6.

2. M. Mayer rappelle, après celle de Schleiermacher, plus d'une vingtaine de théories sur le licite, dans des moralistes et théologiens allemands; v. pp. 7-36.

3. V. *Id.*, pp. 29-30, 32.

d'habitude, est mal posé, et la diversité des résultats auxquels aboutissent, dans cet argument, les moralistes et les théologiens, dérive moins d'un dissentiment sur les questions fondamentales de l'éthique que de la différence des points de vue sous lesquels ils considèrent ce problème. C'est pour cela que leurs théories « apparaissent comme une mosaïque éthique pleine de couleurs et de formes intéressantes, mais sans idées principales et directrices[1] ».

La morale ne doit pas parler du licite. C'est à tort que Kübel divise le terrain éthique dans un champ du devoir et dans celui du droit moral[2]. C'est le droit qui « signe la sphère du licite », tandis que la morale « signe celle de l'obligatoire[3] ». Dans l'ordre du juste (dans l'ordre moral) qui est « expression de jugement catégorique, « le concept du licite n'a pas de sens, il y est aboli[4] ». « D'où nous provient ce concept (du licite)? — se demande M. Croce. Justement, du champ du droit[5]. »

Le concept du licite n'appartient pas à la morale; il n'appartient, non plus, à l'économie. Mais ce n'est pas une raison pour l'exclure de la philosophie, si nous le trouvons — comme, en effet, nous le trouvons — dans la conscience humaine. Et qu'est-ce qu'il y représente? Il y représente, justement, un reflet de la coexistence sociale, réglée par le droit. Le concept du licite étant examiné surtout par des

1. Mayer, pp. 36 et 55.
2. V. *Id.*, p. 31.
3. Petrone, 3, XXV, p. 394.
4. Bartolomei, p. 128.
5. Croce, 3, pp. 18-19.

moralistes et des théologiens, qui n'avaient aucune familiarité avec les concepts juridiques, il a été identifié avec cette « absurdité philosophique du pratiquement indifférent[1] ». M. Croce écrit que « toute loi porte avec elle, comme une corrélation nécessaire, comme l'ombre de sa lumière, les actions indifférenciées et indifférenciables, ce qui est légalement indifférent, le licite, le permis, le droit, la faculté de faire ou de ne pas faire. De façon que, par une conséquence inévitable, les principes pratiques étant conçus comme séries ou complexe de lois, doit-on poser aussi le concept de ce qui est pratiquement indifférent, le licite devenant, de légal qu'il était, pratique[2] ».

Et voici le πρῶτον ψεῦδος de toute l'analyse du licite, qui est faite au point de vue moral, tandis qu'elle doit être conduite selon le critère juridique.

Pour le droit, de même que pour l'économie et pour la morale, il n'y a aucune action, qui soit indifférente. Bien loin de laisser une indifférenciation dans les actions humaines, le droit les divise de la façon la plus rigoureuse en deux zones, les actions *licites* et les actions *illicites*. Le licite n'est absolument pas ce qui est indifférent au point de vue pratique : c'est, au contraire, ce qui est *protégé* par le droit ; c'est ce que l'individu peut accomplir (et, certainement, peut aussi ne pas accomplir) ; mais c'est ce qui engendre en lui un droit et dans autrui le devoir (juridique) de ne pas l'empêcher dans l'exercice de son droit. Le droit, comme la morale, impose des devoirs : les devoirs de ne point léser les libertés qu'il garantit.

1. Croce, 2, p. 359.
2. *Id.*, *ibid.*, , p. 358.

C'est pour cela que le licite apparaît au juriste comme « l'abstrait des prétentions ». C'est la sanction, qui le pose, comme « possibilité de prétendre », et pose, avec lui, son corrélatif, le devoir juridique[1]. Le droit tranche le champ des actions humaines en deux zones bien nettes : tout ce qui est en deçà de la ligne marquée par le droit est licite; tout ce qui est au delà, est illicite. Le licite est le champ des *prétentions,* qui sont *garanties* par le droit; l'*illicite* est le champ des *responsabilités, sanctionnées* par le droit.

Certes, le concept du licite n'est pas suffisant pour la vie pratique, pour décider comment il faut agir. Mais nous ne devons point *exclure* le concept du licite de la vie pratique : dire que le concept du licite n'est pas suffisant, n'équivaut pas à dire qu'il ne soit pas nécessaire. Près des demandes — est-ce que je désire, est-ce que je dois accomplir cette action? — se pose, dans la conscience de tout homme, l'autre demande : puis-je l'accomplir? Devant une action, nous nous demandons non seulement si elle est utile ou obligatoire, mais aussi si elle est licite. On peut nous dire que le concept de droit ou que celui du licite est un pseudo-concept, un concept empirique. C'est possible. Mais nous le trouvons dans la vie; nous le trouvons dans la conscience, dans toute conscience humaine. Et cela nous suffit pour affirmer que la philosophie doit s'en occuper; et cela nous suffit pour justifier l'existence, et l'exigence, d'une philosophie du droit à côté de celle de l'économie et de la morale.

Le critère juridique, le critère de la licéité et illi-

1. V. Bartolomei, p. 138.

céité des actions humaines, est, justement, l'appréciation de la valeur *sociale* de ces actions — c'est-à-dire des limites, que les actions humaines trouvent dans la coexistence humaine. M. Croce, qui parle toujours d'une *philosophie de l'esprit*, peut retrancher le droit de la philosophie. Nous autres, au contraire, qui avons identifié la philosophie de la vie pratique avec la sociologie (v. *Introduction*) (car la vie pratique est vie sociale et l'esprit humain se forme dans la société humaine) (v. *Chapitre I*), pouvons dire que la philosophie du droit est au cœur de la philosophie de la vie pratique.

C'est le droit, en effet, qui est le véritable cachet, la condition *sine quâ non* de la vie sociale. C'est ce qu'a vu, depuis l'antiquité, Aristote, lorsqu'il a enseigné, d'une façon précise : *ἡ δικαιοσύνη πολιτικόν· ἡ γὰρ δίκη πολιτικῆς κοινωνίας τάξις ἐστίν*[1]; c'est ce qu'a répété, dans les temps modernes, Spinoza, en précisant le concept du pouvoir, nécessaire corrélatif du droit : « justitia et injustitia non nisi in Imperio possunt concipi[2] »; c'est enfin ce que dit à présent M. Ardigò, en soutenant que la justice est la force spécifique de la société[3].

Qui dit société, dit droit, c'est-à-dire organisation (si rudimentaire qu'on la conçoive) des rapports

1. Aristote, *Politica*, A.2.1253 A, pp. 37-38.
2. Spinoza, *Tract. politici*, cap. II, § XXIII. *Opera*, I, p. 278.
3. V. Ardigò, 5, Capo II, § IV, pp. 95-97. Et, pour cela, faisait-il de sa *Sociologie* une véritable *philosophie du droit*, suivant une conception particulière, selon laquelle ce n'était pas la philosophie du droit, qui était absorbée par la sociologie, mais plutôt c'était la sociologie qui, comme étude de la formation naturelle de la justice, devenait, logiquement, une philosophie du droit.

inter-humains. L'existence de la société — c'est-à-dire la coexistence humaine — est condition nécessaire et suffisante pour le droit; mais, d'ailleurs, le droit est condition *sine quâ non* de la vie sociale. C'est pour cela que les idéalistes soutiennent que ce n'est pas dans la société qu'est le fondement du droit, mais plutôt que c'est dans le droit qu'est le fondement de la société[1]. Mieux vaut dire, avec Dilthey, que « dies Verhältniss ist eine der schwierigsten und wichtigsten Formen causaler Beziehung; es kann nur in einer erkenntnisstheoretischen und logischen Grundlegung der Geisteswissenschaften aufgeklärt werden[2] ».

Toute société humaine est une société juridique; si l'on fait adhésion à ce qu'écrivait un vétéran de l'école historique, Bethmann-Hollweg, que « kein Verhältniss von Mensch zu Mensch denkbar sei, das nicht von Beiden zunächst als ein rechtliches gedacht würde[3] », on peut s'associer, sans effort, à l'opinion de M. Gény, qui, s'opposant à la plus récente doctrine allemande, disait que la prétention que les relations humaines non sanctionnées juridiquement en vertu d'une décision formelle ne soient pas des rapports juridiques, ne soient que de purs faits, « est manifestement contredite par toute l'histoire juridique de l'humanité[4] ».

Qu'est-ce qui dérive immédiatement de la coexistence humaine? La société, la consociation humaine présente des rapports, qui sont comme des moules, que les hommes remplissent avec la craie de leurs

1. V. par ex., Bierling, 1, I, p. 83.
2. Dilthey, p. 69. V. aussi pp. 70 et 97.
3. Apud Bierling, 1, I, p. 98. V. aussi *ibid.*, pp. 105-138.
4. Gény, pp. 109-110.

impulsions. Dans la conclusion de son célèbre ouvrage sur les *Sociétés animales,* Espinas écrivait : « ... le respect, puis le dévouement réciproque des époux, la constance dans l'affection privilégiée, l'éducation des petits, le travail, l'épargne, le courage; l'obéissance chez le faible, la sollicitude chez le fort; le sacrifice, enfin, chez tous, c'est-à-dire l'abnégation du moi individuel pour le bien du moi collectif, telles sont les ébauches de vertus auxquelles l'animal est appelé par la vie sociale et qu'il pratique en effet sous l'empire des sentiments qu'elle lui a inspirés, parfois à son insu. Ces vertus lui accordent quelque dignité, mais elles ne sont pas un ornement; gardons-nous de voir en elles autre chose que les conditions d'existence des sociétés mêmes où elles se manifestent, et n'oublions pas que si elles cessaient d'être exercées, les sociétés et avec elles les races mêmes disparaîtraient du même coup[1]. »

On pourrait répéter, *mutatis mutandis,* pour la société humaine ce qu'Espinas écrit pour les sociétés animales. Puisque c'est la société, c'est-à-dire l'existence parmi des semblables, qui forge, comme nous avons vu, le moi individuel, ce moi individuel, qui est lié d'une façon inébranlable au moi collectif, doit se conformer au milieu dans lequel il vit, ne peut se passer des rapports, que la vie sociale lui impose. Mais Espinas est, peut-être, par trop optimiste dans le lieu, que nous venons de rappeler. La vie en commun présente ces *ébauches de vertus,* mais présente aussi des *ébauches de vices.* La véritable condition pour la vie en commun — (il est clair que nous parlons ici seule-

1. Espinas, p. 562.

ment de la société humaine) — est une réglementation des rapports, qui naturellement surgissent de la coexistence des semblables.

Si nous replaçons dans la vie sociale l'homme isolé de tels économistes et moralistes, son tableau s'élargit. La mesure de la valeur économique n'est plus tout à fait la même — l'effort que coûte la possession de la chose — mais plutôt la reproduction économique de la chose même, c'est-à-dire le prix auquel on trouverait la même chose chez un autre vendeur. Il y a l'échange, il y a le marché. De même que le tableau économique, s'étend le tableau moral. L'homme n'a seulement des devoirs envers soi-même, mais envers ses semblables. Les rapports de toute espèce qui surgissent dans l'état social donnent naissance immédiatement à toute une série de vertus et de vices, c'est-à-dire à toute une gamme de sentiments et de passions, à toute une ligne très variée de façons de se comporter dans la vie sociale, qui, appréciées par la conscience humaine, deviennent l'amour, la haine, l'envie, l'émulation, la loyauté, le courage, la lâcheté, le dévouement, l'amitié, la bonté, la méchanceté, l'orgueil, la modestie, l'ambition, etc. Si l'homme isolé ne trouve d'autres obstacles à ses actions que ceux que lui oppose la nature, l'homme qui vit en société trouve d'autres obstacles qui dérivent des actions des autres hommes. La force, qui dans l'état isolé n'aurait point de discipline, est naturellement disciplinée dans la vie sociale; aux obstacles naturels s'ajoutent les obstacles sociaux. Dans toute société, dans toute collectivité, petite ou grande, il y a des limites qu'il est nécessaire d'imposer aux actions indi-

viduelles; il y a des actions, qui sont particulièrement requises, il y en a d'autres, qui sont censées être particulièrement nuisibles.

Et voilà que dans la société — (mais seulement dans la société, bien que dans toute société) — près du critère économique et du critère moral, se fait place un troisième critère, le critère juridique. C'est, en effet, le droit, qui se superpose aux actions, comme leur règle sociale.

Le critère juridique est appliqué par l'individu dans sa conduite, dans sa vie pratique. Mais, bien qu'appliqué par l'individu, il ne cesse point d'être social : c'est-à-dire, l'individu vise, avec ce critère, au côté social de ses actions, à leur interférence, pour ainsi dire, avec les actions d'autrui. Et, lorsqu'il considère ce côté, il ne peut que se référer à la règle, ou mieux au système de règles, qui existe déjà dans le milieu, dans lequel il vit. C'est la société, qui établit cette « coordination objective des actions possibles parmi une pluralité de sujets[1] », en quoi consiste, comme on a dit justement, le droit. Le droit, comme règle sociale, peut être codifié ou coutumier, mais ne fait jamais défaut, accompagnant, comme l'ombre le corps, toute vie sociale[2]. Mais si on peut dire qu' « une proposition a une nature *juridique* » dès qu'elle contient un critère pour juger si une action est juste ou

1. DEL VECCHIO, 2, p. 150.

2. M. GÉNY écrit : « Ces rapports de la vie sociale, ou, plus généralement, les éléments de fait de toute organisation juridique (du moins possible), portent en soi les conditions de leur équilibre, et découvrent, pour ainsi dire, eux-mêmes, la norme qui les doit régir. » (p. 469.)

injuste, conforme ou contraire au droit[1], on ne peut pas dire que toute proposition semblable ait égale *valeur* juridique; car c'est seulement des conditions du milieu que dépend sa réelle efficacité, son caractère obligatoire, l'attribution — par moyen d'elle — de prétentions et de sanctions.

A tout instant de la vie sociale il y a des actions conçues comme licites et d'autres conçues comme illicites; mais cette détermination, bien qu'elle dérive d'une élaboration psychologique (étant un jugement de valeur, qui ne peut relever que de la conscience humaine), ne peut pas être le produit de toute conscience individuelle.

Si on veut se tenir à la réalité des choses, on doit dire que le licite, qui n'est pas un critère économique, n'est, non plus, lorsqu'il est appliqué par le particulier, un critère moral. Avec le critère du droit, qui distingue les actions en licites et illicites, on vise aux empêchements effectifs que la société oppose à l'accomplissement de certaines actions; si on divise, au contraire, les actions en justes et injustes, on ne vise qu'à l'empêchement que la conscience oppose à l'accomplissement de certaines actions, et si la conscience décrète qu'une telle action est juste, elle peut en imposer l'accomplissement, en dépit de toute sanction sociale. Certes, le jugement du législateur, lorsqu'il divise les actions en licites et illicites, a la même nature logique du jugement de tout autre individu, lorsqu'il pense telle action comme juste, telle autre comme injuste : est, en d'autres mots, un jugement

1. V. Del Vecchio, 2, p. 9.

moral. Mais le jugement du législateur a une efficacité pratique bien différente de celui du particulier; car c'est seulement du jugement du premier que peut surgir la protection accordée à telle prétention, la sanction attachée à telle responsabilité. Et c'est se mettre en dehors de la réalité que vouloir identifier les deux concepts du licite, qui relève du droit, et du juste, qui relève de la morale. Celui qui identifie droit et justice, fait un jugement par trop optimiste de la réalité sociale, prend le terme *droit* dans un sens eulogistique, échange le critère juridique ou le concept du droit avec un idéal, qui, pour cela qu'il s'applique au monde juridique, à la coordination des actions humaines, au règlement de la vie sociale, ne cesse pourtant pas — en tant qu'idéal — d'appartenir à la morale. La différence de point de vue, dans la considération du problème juridique, des idéalistes et des positivistes repose toute sur cela : que les premiers ne font pas une distinction nette entre le *juste* et le *licite*. Or, le critère de la justice, comme nous allons voir dans le dernier Chapitre, n'est pas un critère juridique : il est un critère moral, qui peut s'appliquer au droit positif lui-même, car il relève de la conscience individuelle. Le critère de justice est encore un jugement, c'est-à-dire un rapport entre l'action qu'on considère et tel idéal qui resplendit dans la conscience humaine. Mais lorsque je dis que mon action est juste, je dis beaucoup plus que lorsque j'affirme qu'elle est licite : dans le premier cas je ne dis pas seulement que cette action ne lèse point les droits d'autrui, qu'elle rentre dans mon droit (sauf le cas extrême de conflit entre la morale et le droit positif), mais encore quelque

chose de plus : qu'user de ce droit ne répugne pas à ma conscience morale; au contraire, que cela la satisfait. Il est parfaitement licite que je réclame de Titius le paiement d'une dette qu'il a envers moi; mais je pense qu'il ne soit pas juste de le réclamer dans cet instant. Non que tout ce qui est licite soit juste. Le droit tolère l'*æmulatio :* elle est licite; elle ne nous paraît pas juste. Le critère de justice ne relève point du droit; il s'inspire à l'*honeste vivere;* mais celui-ci, contrairement à l'enseignement romain, est un précepte moral, nullement juridique.

Mais pourtant, si la vie vécue nous offre à chaque pas, en dépit des systèmes, des oppositions entre le licite et le juste, entre l'ordre juridique et l'ordre moral, le premier n'est qu'une spécification du second. Le droit, qui est une appréciation des actions humaines comme l'économie ou la morale, tient de l'une et de l'autre. Le contenu du droit est économique : est un ensemble d'utilités et de moyens pour les atteindre. La forme du droit est morale : elle est l'imposition de certaines règles aux actions humaines, en écartant d'autres possibilités d'agir. Mais si, dans toute société, il doit y avoir, logiquement, une différence entre l'ordre juridique et l'ordre moral, le premier étant un système de facultés et le deuxième un système de devoirs, il y a pourtant des rapports constants entre les deux, et une distinction progressive.

Il y a des relations entre l'ordre juridique et l'ordre moral, car le critère de justice, qui dirige le législateur en divisant les actions en licites et illicites (nous avons vu que si le particulier, en appliquant le critère du licite, s'inspire du droit, celui qui pose ce critère, pour-

tant, s'inspire d'un idéal) puise les principes de cette distinction et des changements qu'il suit dans l'évaluation des actions, aux idéaux de la société dans laquelle il vit. Et dans le changement du droit en harmonie avec les nouveaux idéaux de la conscience consiste, justement, la fonction morale du droit.

Il y a, encore, une distinction progressive entre l'ordre juridique et l'ordre moral. Le droit ancien ajoutait son efficace sanction extérieure à tous les commandements et à toutes les défenses de la religion et de la morale. Bien loin d'être libre, le citoyen des sociétés anciennes était réglé, dans tous les actes, même les plus petits et les plus privés, de son existence par des obligations, qui n'étaient seulement religieuses ou morales, mais aussi juridiques. Ce n'est que peu à peu qu'il y a une dépotentiation, pour ainsi dire, de l'obligatoire en licite, avec l'obligation corrélative pour autrui de respecter la liberté du sujet du droit. La sphère du droit subjectif s'étend; le citoyen peut penser, parler, agir, comme bon lui semble, pourvu qu'il ne lèse pas la liberté d'autrui. L'axe du monde juridique se déplace : tandis qu'autrefois tout ce qui n'était pas expressément permis était défendu, le pivot du droit moderne est que tout ce qui n'est pas expressément défendu est permis. L'histoire du droit est une conquête de libertés.

Mais il y a toujours des déplacements entre les deux critères, juridique et moral. Il y a des actions, pour lesquelles la défense juridique vient s'ajouter à la défense morale; il y en a d'autres, que le droit cesse de qualifier comme illicites, en les abandonnant à la sanction de la morale.

Ce que le droit moderne protège est le *minimum* de moralité requis, à chaque moment, pour la coexistence sociale. Le droit est dit, pour cela, le *minimum* éthique[1].

Mais ce qu'on n'a pas suffisamment considéré, à notre avis, est un autre côté, par lequel peut-on examiner le droit, le côté par lequel le droit touche à l'économie. On a toujours conçu le problème juridique comme un problème de coexistence de libertés[2]. Or, qu'est-ce que cela vraiment signifie? Rien sinon que le droit est un *maximum* économique, c'est-à-dire que le droit n'est qu'une discipline des actions humaines, visant à déterminer les limites, auxquelles la conquête de la plus grande utilité que puisse atteindre Titius ne lèse point la liberté de Caïus. Certes, le droit oppose des obstacles à l'utilité individuelle : les préceptes juridiques sont tous, plus ou moins, des obstacles à l'intérêt de quelqu'un. Mais ces obstacles sont posés en vue de l'intérêt d'autrui;

1. V. Jellinek, apud WUNDT, II, p. 201, et VANNI, pp. 104-105.

2. ROMAGNOSI écrit : « ...l'ufficio principale e perpetuo del Diritto naturale...consiste piuttosto nel tracciare i *limiti* delle azioni umane, che nell' insegnare il *modo* di eseguirle, o specificare quelle che si potrebbero eseguire. Mi spiego. È noto, per esempio, che nel Diritto che chiamiamo *civile*, nel quale si regola tra privati il *mio* ed il *tuo*, il Diritto naturale assolutamente primeggia. Ora in questo Diritto s'insegna forse a coltivare il campo, a fabbricare la casa, a tessere il vestito, a fare il pane, ecc.? Niente di tutto questo. A che dunque riducesi questo Diritto naturale regolatore? A far *rispettare i confini* della reciproca eguaglianza e libertà. Ora traduciamo questa frase nel suo vero senso : che cosa significherà? L'imporre ad ognuno di *frenare* la propria potenza entro certi confini, affinchè tutte le parti godano ciò che loro è dovuto. » (1, § 163, pp. 555-556.)

et, à tout instant, le droit signe le plus haut degré d'utilité individuelle, qui soit admis dans la vie en commun.

Le droit nous apparaît, ainsi, comme un moyen terme entre l'économie et la morale : le *minimum* de moralité, qui soit imposé, et le *maximum* d'utilité, qui soit toléré.

Nous croyons avoir, à présent, les éléments suffisants pour synthétiser les différents critères, qui règlent l'action humaine.

Il faut, pourtant, remarquer que les mots — *économique, juridique, moral* — doivent être pris, non seulement dans leur signification eulogistique, mais dans leur sens intégral, c'est-à-dire comme dénotant aussi bien ce qui est conforme que ce qui est contraire à l'utilité, au droit, à l'éthique. Au fond, les critères d'économie, de droit, de morale, ne résultent que d'une comparaison; il n'y a d'actions utiles que parce qu'il y en a de désavantageuses; il n'y a d'actions bonnes que parce qu'il y en a de mauvaises. Ce qui est contraire à l'utilité, au droit, à l'éthique constitue l'ombre du tableau; mais c'est justement l'ombre qui fait ressortir la lumière. Les tableaux de l'économie, du droit, de la morale comprennent aussi bien l'une que l'autre. Le critère économique, le critère juridique, le critère moral sont des évaluations des actions; mais évaluation, c'est discrimination : ce sera un jugement économique aussi bien celui, d'après lequel on considère telle action comme utile, que celui d'après lequel on considère telle action comme désavantageuse; et le crime pourra être considéré un fait juridique, c'est-à-dire susceptible de considération ju-

ridique, aussi bien que tel autre fait conforme au droit[1].

Si nous considérons, à présent, tour à tour, ces rapports : *a*) entre l'économie et le droit; *b*) entre l'économie et l'éthique; *c*) entre le droit et l'éthique, nous pourrons les symboliser par autant de couples de cercles qui se coupent : la zone commune est représentée par les actions conformes aux deux critères (dans *a* utiles et licites, dans *b* utiles et obligatoires[2], dans *c* licites et obligatoires[3]), tandis que la partie restante des surfaces des cercles représente les actions conformes à l'un des critères considérés, mais contraires à l'autre (cas de conflit entre le droit et l'économie, entre l'économie et la morale, entre le droit et la morale[4]).

1. M. Manzini écrit : « Il fatto giuridico, che determina il sorgere dei rapporti di diritto penale, è il *reato*, cioè la violazione volontaria di un comando penalmente sanzionato. » (p. 51; v. aussi p. 337 et note, et pp. 341-343.)

2. Moralement obligatoires.

3. Moralement obligatoires.

4. Si dans le cercle, plutôt étroit, du même système, il n'y a pas d'opposition entre le droit et la morale, car les deux évaluations dérivent du même principe, qui règle, d'après le même critère, ce qui est licite et ce qui est juste, ce qui est conforme au droit et à la morale, dans la vie nous trouvons souvent des conflits entre la loi positive et la loi morale (V. Renouvier, I, p. 160). *Saepe opponi videmus quod licet, et quod oportet*, écrit Grotius (Lib. III, Cap. IV, ii. T. III, pp. 657-658), et ailleurs il parle de la *facilitas*, comme de cette « virtus... voluntatis, prona ad remittendum jus sibi competens, pacis aut humanitatis causa » (*De aequitate, indulgentia et facilitate*, cap. III, ajouté à l'éd. citée de l'ouvrage *De jure belli ac pacis*, t. IV, p. 486.) La réalité des conflits entre le droit et la morale, entre la justice positive et la justice idéale, a été, d'ailleurs, un argument très disputé par les philosophes de tous les temps et a donné toujours l'impulsion la plus énergique pour qu'on parlât d'un droit divin, naturel, rationnel, en antithèse avec le droit positif.

Considérons, à présent, tous ensemble les trois critères d'évaluation des actions humaines; examinons le problème de leur concomitance et interférence.

Appelons A l'intérêt, B le droit, C le devoir. Deux cas extrêmes peuvent se présenter. On peut avoir l'intérêt, le droit, le devoir d'accomplir une action (ABC); ou on peut n'avoir ni l'intérêt, ni le droit, ni le devoir (0). Trois autres cas peuvent se présenter, lorsqu'on a seulement l'intérêt (A), ou le droit (B), ou le devoir (C). Ou, enfin, peut-on avoir la concomitance de deux seulement de ces critères : on peut avoir l'intérêt et le droit (AB), mais non le devoir d'accomplir une action; ou l'intérêt et le devoir (AC), mais non le droit (des parents croient que c'est leur intérêt et leur devoir d'enlever leur fille, qui est entrée dans un cloître; mais ils n'ont pas le droit de le faire, car leur fille est majeure — affaire Bassot; mars 1909); ou on peut avoir le droit et le devoir (BC), mais non l'intérêt d'accomplir telle action[1].

Toute action peut être appréciée d'après les trois critères; devant toute action humaine peut se pré-

1. Quoi qu'on dise contre les calculs des philosophes (V. Croce, 2, p. 274) nous croyons que notre procédé soit logiquement justifié. Si le scandale n'était pas trop grand, nous dirions qu'au point de vue mathématique la considération, que nous avons faite dans le texte, est tout à fait analogue à celle qu'on pourrait faire en examinant tous les cas, qui peuvent se présenter, en ayant trois objets, trois boules différentes par exemple, et une urne, dans laquelle on puisse les jeter. Même ici, on peut avoir deux cas extrêmes : toutes les trois boules (ABC) sont dans l'urne; il n'y en a aucune (0). Trois autres cas sont représentés par la présence d'une seule boule : A, B, C. Ou, enfin, on peut avoir deux boules dans l'urne : ou AB, ou AC, ou BC. Tous les cas, qui peuvent se présenter, sont symbolisés dans la formule 2^n.

senter chacun des cas psychologiques, chacune des appréciations que nous venons de synthétiser.

De quoi cela dépend-il? Des conditions du sujet et des conditions du milieu. Toute appréciation — (qu'elle soit économique, ou juridique, ou morale) — n'est qu'un rapport entre ces deux termes.

L'évaluation économique est un jugement, constant quant à sa forme et éminemment variable quant à son contenu. Elle relève des goûts de l'individu et des conditions du marché. Le marché économique est constitué par la quantité de choses qui sont offertes aux désirs des hommes vivant dans tel milieu social. Le marché peut être conçu d'une façon plus étroite ou plus étendue, selon qu'on considère une ville, une nation, le monde entier — dans tel moment précis, ou dans une série d'années. Les conditions du marché dépendent d'un double ordre de facteurs : la quantité de choses disponibles, ce qui est l'effet d'une série de causes dérivant aussi bien du milieu cosmique que de l'industrie humaine; et les besoins des hommes, c'est-à-dire les impulsions qui les poussent à agir et à demander les choses qui peuvent satisfaire ces besoins. Le prix, la valeur d'échange des choses, dépend du rapport entre ces deux facteurs. Même si on étend l'idée d'économie jusqu'à lui faire embrasser toutes les utilités de tout genre qui peuvent être appréciées comme telles par la conscience humaine, on peut dire que le jugement économique, celui qui vise à l'utilité, reste logiquement le même : c'est une appréciation comparative entre l'effort, le prix que coûte une action quelconque et l'utilité qu'on espère en tirer.

Mais — même en considérant les hommes comme

étant tous des *homines œconomici*, c'est-à-dire des hommes qui ne visent qu'à atteindre leur plus grande utilité avec leur moindre effort — le marché économique devra être considéré comme un système de choix, dépendant des goûts individuels et des actions possibles. Les besoins des hommes changent et évoluent ; donc, leur demande dans le marché économique[1] change aussi. Les produits du marché changent, à leur tour, de qualité et de quantité : un Grec ancien n'aurait pas pu acheter du café ou un automobile, un Parisien d'aujourd'hui ne pourrait pas acheter un esclave. Ce marché a des crises, qui ne sont — dit un économiste éminent — « qu'un cas particulier de la grande loi du rythme, laquelle domine tous les phénomènes sociaux[2] » ; les crises ne dépendent seulement du « changement objectif dans les conditions de la production », mais ont aussi une « cause subjective » qui « agit puissamment... Tous les auteurs qui ont étudié les crises avec attention, ont vu le rôle qu'y joue l'imagination des hommes[3]. » Et le marché économique tend vers l'équilibre, état-limite, « état qui se maintiendrait indéfiniment, s'il n'y avait aucun changement dans les conditions dans lesquelles on l'observe[4]. » Dans un autre sens, on peut dire qu'un équilibre existe toujours, et qu'il consiste dans un jeu d'actions et réactions entre les goûts, les besoins des hommes, et les choses ou, mieux, les actions aptes à les satisfaire. C'est le moment statique de l'économie ;

1. V. Landry, pp. 70-75.
2. Pareto, p. 529.
3. Pareto, pp. 531. V. aussi Landry, pp. 534-540.
4. Pareto, p. 153.

c'est, en d'autres mots, *l'ordre économique,* qui peut être défini : *un système d'évaluation des rapports entre les besoins des hommes et les moyens aptes à les satisfaire, qui dépend des conditions subjectives des hommes et des conditions objectives du marché, et engendre dans la conscience humaine une appréciation sur l'utilité des actions, constante quant à sa forme et variable quant à son contenu.*

On parle couramment du marché économique. Pourrait-on parler aussi d'un *marché moral*[1]? Qu'il nous soit permis de dire que l'expression — et, avec elle, le concept — n'ont rien de scandaleux, si l'une et l'autre dénotent l'ensemble des idéaux, qui dominent les consciences des hommes et des devoirs qu'ils leur imposent. Le marché moral, comme le marché économique, peut être conçu d'une façon plus étroite ou plus étendue, selon qu'on considère une nation, une race, le monde entier, dans tel moment précis, ou dans le cours des siècles. De quoi dépend le jugement moral? Des conditions individuelles et des conditions du milieu. Un Romain ancien n'aurait pas pu conformer sa vie à l'idéal d'un ascète du moyen âge, un Parisien moderne ne pourrait pas opérer selon l'idéal d'un soldat de fortune.

L'évaluation morale, de même que l'évaluation économique, est un jugement de forme constante et de contenu variable : elle se présente comme un choix entre différentes possibilités d'agir, et comme le com-

1. L'expression a été employée — dans un sens spécial — par un grand écrivain italien, Francesco De Sanctis. (V. Croce, 6, p. 295.) V., à propos de ce qui va suivre sur la morale, le suggestif petit livre de M. Calderoni, 1.

mandement de les écarter toutes sauf une, qui apparaît comme le *summum bonum*, le suprême devoir. Mais l'écueil, contre lequel s'écrase toute morale préceptiste, est la diversité des aptitudes humaines.

Les impératifs de toute morale sont ou si étroits ou si vagues qu'ils n'offrent aucune direction efficace dans la *militia vitæ*, pour laquelle, pourtant, ils devraient être faits[1]. La règle, à laquelle aboutit, au fond, toute morale, est : agis selon celui qui, à tout moment, te semble être ton plus haut devoir. Mais lequel sera ce devoir? C'est toujours de la conscience individuelle que dépend le jugement; c'est dans la conscience individuelle que se pose la table des valeurs morales. Or cette table est, plus ou moins, en harmonie avec les idéaux du milieu, dans lequel l'homme vit, car c'est la société, qui a forgé la conscience morale de tout homme. Comme dans le marché économique la rareté d'un produit en fait hausser le prix, dans le marché moral ces actions seront les plus appréciées, qui sont les plus rares. Il n'y a des héros que parce qu'il y a des hommes communs : dans une armée de braves, le courage physique est une vertu habituelle, et, partant, moins louée que dans tel milieu pacifique. Comme l'évaluation économique dépend des besoins humains et des moyens pour les satisfaire, l'évalua-

1. J'ai essayé, cent fois, d'appliquer pour mon compte, dans la vie pratique, la maxime kantienne : « handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Princip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne » (2, I. Th., I. B., I. Hauptst., p. 36.) Mais je n'en ai tiré aucune détermination précise pour ma conduite. Et je me suis convaincu que le mieux qu'on puisse faire encore, au point de vue moral, c'est d'accomplir sa petite tâche quotidienne avec la conscience de la dignité de tout effort humain.

tion morale dépend du prix qu'on attache à la vie et aux différents sentiments. Tout homme, de même qu'il peut faire à tout instant des choix économiques, en établissant l'action qui représente sa plus grande utilité, peut exercer à tout instant des choix moraux, ayant des devoirs envers la divinité, s'il y croit, envers sa patrie, sa famille, son parti, ses amis, soi-même. Or, même admettant qu'il y ait une *societas de homines justi*, chacun agissant selon son *summum bonum*, accomplissant ce qui lui paraît son plus haut devoir, ce moule du devoir, pour ainsi dire, sera rempli par toute une série d'évaluations, et, par conséquent, d'actions différentes. Il en est tout à fait comme pour la valeur économique. A un prix identique, le *maximum* d'utilité sera représenté pour A par telle quantité de viande, pour B par du vin, pour C par une représentation théâtrale, etc. Comme le marché économique, le marché moral subit ses crises, plus ou moins étendues, plus ou moins violentes. Il y a tel moment et tel milieu, où telle valeur morale est exaltée tandis que les autres baissent. Dans une période de guerre, un siège, une famine, après tel cataclysme, il y a de profondes altérations dans l'évaluation morale. On a observé la connexion entre les périodes de guerres et les périodes d'excitation de foi religieuse, comme si on voulait conserver dans un monde ultérieur ce bien suprême de la vie qu'on jetait généreusement dans la lutte des armes. On a constaté aussi un changement typique des valeurs morales dans les armées coloniales. Il y a des périodes de l'histoire, dans lesquelles se produisent de véritables crises morales, des changements de toutes les valeurs

humaines. Dans une certaine époque, à Rome, par exemple, des hommes durent vivre côte à côte, ayant des goûts et des habitudes extérieures analogues, une éducation en plusieurs points conforme, et qui, pourtant, concevaient la vie d'une façon profondément différente : les uns comme un ordre fini, reflet de l'ordre universel, à la façon des Stoïciens ; les autres comme un élevé plaisir, à la façon des Épicuriens ; quelques-uns comme une préparation à une vie future, à la façon des Chrétiens. Tel croyait que le *summum bonum* consistait à élever sa conscience au-dessus des fortunes humaines, et même se tuer pour ne point céder à une injustice ; tel autre considérait comme son plus haut devoir se prosterner dans les Catacombes, en adorant la divinité et subir le martyre plutôt que d'abandonner sa foi. De même, la Révolution française, qui a procédé comme une révolution religieuse[1], change profondément les valeurs humaines. La fraternité, la liberté, l'égalité deviennent les articles d'un nouvel Évangile. Les valeurs morales de l'ancien régime s'écroulent au vent de la Révolution, qui hausse le prix des vertus du Tiers-État.

Comme le marché économique, le marché moral tend vers l'équilibre, état-limite, qui se maintiendrait infiniment, si aucune cause ne venait à l'altérer. Mais on peut dire aussi, dans un autre sens, qu'un équilibre moral existe toujours, n'étant que le marché moral considéré dans son aspect statique. C'est, en d'autres mots, l'*ordre moral*, qui peut être défini : *un système d'évaluation des actions humaines, de forme constante*

1. V. de Tocqueville, livre I, chap. III, p. 35-40.

et de contenu variable, qui dérive de l'appréciation de la vie dans la totalité de ses buts, et qui impose à chacun l'accomplissement de son plus haut devoir.

Des conditions du milieu, de même que l'évaluation économique et l'évaluation morale, dépend aussi l'évaluation juridique, et chez le législateur et chez le particulier. Mais tandis que le jugement économique et le jugement moral, bien qu'étant en fonction des conditions du milieu, qui offrent une pluralité de moyens pour satisfaire les besoins humains et une pluralité d'idéaux pour régler leurs actions, sont des jugements individuels — une discrimination que tout individu peut faire à son tour, en ne consultant que sa conscience — dans l'attribution de licéité et d'illicéité aux actions humaines, le particulier ne peut que se conformer aux règles sociales existantes. Mais qui pose ces règles? Elles sont une manifestation de la volonté du pouvoir, d'une force qui a à sa disposition la coaction.

Est-ce donc la force qui crée le droit? Elle le crée, et elle le recrée de tout temps. Avec des mots assez crus, qui pourtant ne manquent pas de justesse, on a dit récemment : « Dans l'histoire, les faibles n'ont encore trouvé qu'un moyen d'accroître leur place dans la société, et dans le droit, c'est de devenir forts[1] ».

Il faut néanmoins observer que la force n'est pas le droit. La force est énergie mécanique, tandis que le droit est évaluation; la force accomplit les actions, le droit les apprécie. Et encore : la force est l'arbi-

1. Cruet, p. 208.

traire, le droit est la règle. Il est vrai que le droit n'est que l'assurance, la garantie de la force du pouvoir; mais il est aussi sa limite. Or, les forts ne consentent à poser ces bornes que lorsqu'ils prévoient ne pouvoir les dépasser impunément. Le droit n'est qu'un règlement, qu'une mesure d'utilités. Le droit représente un équilibre de forces. Il n'est la prétention de l'*ego* qu'avec l'adhésion, plus ou moins coactive, mais toujours volontaire, de l'*alter* : il est le jugement du *socius,* qui se pose entre les deux. Et même s'il est l'expression de la volonté de l'*ego,* qui s'impose à l'*alter,* il faut que cette volonté apparaisse comme une volonté du *socius,* qui peut assurer le domaine du plus fort, mais lui impose aussi des limites.

M. Gény distingue une « *nature des choses positive,* représentée par l'ensemble des conditions, qui forment comme l'atmosphère de la vie juridique extérieure » et au-dessus de cette nature « formée d'éléments matériels et mouvants, une sorte de nature des choses supérieure, toute en principes rationnels et en entités morales immuables ». Et il écrit que « le principe de la *justice en soi,* impliquant un certain ordre des rapports humains, que doive sanctionner le pouvoir social, s'impose, sous l'intuition de la raison, avec une force absolue » et que « les principes de pure justice, qui ne sont qu'une des faces de l'ordre naturel permanent de rapports entre les éléments du monde, conservent, au milieu des variétés et des contingences de leur mise en œuvre un caractère universel et immuable[1] ».

1. GÉNY, pp. 472, 481, 483, 485.

Le lecteur attentif, qui nous a suivi jusqu'ici, comprendra aisément que nous ne pouvons nous associer à M. Gény qu'avec beaucoup de réserves : si nous croyons avec lui que le droit n'est qu' « un ensemble de règles, issues de la nature des choses[1] », nous croyons néanmoins que cette *nature des choses* (à savoir la nature *positive* des choses) ne façonne que la structure immuable du droit, qui est un système de conditions se trouvant dans toute société, dont le droit est justement le cachet. Ces conditions, dont dépend une évaluation particulière des actions, leur discrimination en *licites* et *illicites*, sont la prétention et la responsabilité qui représentent le côté subjectif, et la garantie et la sanction, qui représentent le côté objectif du droit. Mais l'attribution de licéité et d'illicéité aux différentes actions est éminemment relative; elle ne dérive pas d'une *nature des choses supérieure*, d'un principe de *justice en soi*. Elle aussi dérive de la nature des choses positive; en d'autres termes, des conditions de la société, dans laquelle et pour laquelle tout système juridique est forgé.

Nous avons dit que le droit a un contenu économique et une forme morale. Le droit est, en effet, une discipline d'intérêts, inspirée des idéaux de la société, où il est élaboré. Mais aussi bien ces intérêts que ces idéaux sont — comme nous avons vu en étudiant les ordres économique et moral — de forme constante et de contenu variable. Ils changent avec les conditions du marché économique et du marché moral. Qu'est-ce qui reste immuable? Seule la structure

1. GÉNY, p. 480.

de l'économie, du droit, de la morale, qui sont les façons, les *guises* de la vie pratique. Il n'y a pas de justice en soi, de même qu'il n'y a ni une économie ni une morale en soi. Les intérêts et les idéaux d'une société de type militaire sont divers de ceux d'une société de type industriel : différentes prétentions sont garanties, différentes responsabilités sont sanctionnées dans la première et dans la seconde. Telles actions qui sont licites dans un certain moment ne le sont plus dans un autre; la sanction pour tel crime est beaucoup plus sévère dans des circonstances spéciales, lorsqu'il a été commis, par exemple, par un militaire. De même que le marché économique et le marché moral peuvent être considérés dans une façon plus ou moins étendue, dans l'espace et dans le temps, le système du droit n'est plus le même, si on le regarde dans un état ou dans un autre, dans les rapports nationaux ou internationaux, dans une époque ou dans une autre.

Le droit, qui ne dérive donc pas des principes immuables de la justice en soi, dépend de la composition de la société. Il est le reflet de ses conditions : des intérêts et des idéaux dominants, de la position respective des différentes classes sociales. On peut dire, donc, que le droit est en fonction du poids des classes sociales.

Comme l'économie et la morale, le droit aussi a ses crises. Nous avons déjà parlé des conflits entre le droit et l'économie, entre le droit et la morale. Si ces conflits augmentent et se multiplient, si le droit ne répond plus aux intérêts et aux idéaux de la société, il y a une véritable crise juridique, qui se résout d'une

façon pacifique, si le droit s'adapte spontanément — avec la réforme de ses règles ou avec des accommodements dans l'application des mêmes — aux nouveaux besoins et aux nouveaux idéaux; mais elle peut aussi revêtir une forme violente, tragique, lorsque le droit résiste, jusqu'à ce que les nouvelles forces sociales et les nouveaux idéaux qu'elles représentent imposent une revision, pour ainsi dire, dans la table des valeurs juridiques, une nouvelle discrimination juridique, qui soit conforme à l'évolution de la vie de la société. Mais on peut dire, d'une autre façon, que le droit est dans une crise perpétuelle, étant toujours arriéré par rapport à l'économie et à la morale, qui, en leur qualité d'appréciations qui relèvent des consciences individuelles, ont une souplesse d'adaptation qui manque au droit, règlement plus déterminé, plus fixe des actions humaines. De même qu'un navire qui, pour être accompli, exige des années de travail, est, par certains côtés, déjà vieux, déjà arriéré par rapport aux progrès de l'industrie, lorsqu'il descend dans la mer, un Code, qui exige des années de préparation et d'études, est déjà vieux lorsqu'il reçoit la sanction du pouvoir; et « il commence à mourir en ce jour même qui est le premier de sa vie[1] ». Et, même si on tâche de suivre, avec des lois spéciales, le mouvement de la société, le droit sera toujours arriéré par rapport à la vie qui, insouciante des règles du droit, se fait à tout instant.

Nous avons parlé d'un équilibre économique et d'un équilibre moral. On peut parler aussi d'un équilibre

1. Brugi, 1, p. 426.

juridique, état-limite, qui persisterait à jamais, si aucune condition ne venait à le troubler. Mais, de même qu'il y a un équilibre dans l'économie et dans la morale, dont on peut parler à tout instant, on peut dire aussi qu'il y a, à tout instant, un équilibre juridique, qui consiste dans le mécanisme des préceptes et des défenses, par lequel le droit tend à assurer les conditions fondamentales de la vie de toute société, en protégeant certaines actions et en attachant des conséquences particulières à certaines autres. C'est, en d'autres mots, le droit dans son moment statique, ou *l'ordre juridique*, qui peut être défini : *un système d'évaluation des actions humaines, de forme constante et de contenu variable, existant dans toute société humaine et dérivant de sa composition, en vertu duquel les mêmes actions sont divisées en deux catégories : les unes, garanties comme licites, qui engendrent une prétention; les autres, sanctionnées comme illicites, qui engendrent une responsabilité particulière de la part de leur auteur.*

18. Notre conception de l'ordre juridique est *toto cœlo* différente de la conception déontologique du droit naturel, telle qu'elle est donnée par la plupart des sectateurs de cette théorie. Elle a, néanmoins, quelque point de contact avec tel côté de cette conception du *jus naturale*, que nous trouvons dans le droit romain et dans les œuvres de quelques philosophes italiens.

La question du *jus naturale* des Romains, de sa signification, de ses rapports avec le *jus gentium* et le *jus civile*, est très discutée parmi les romanistes. Le

point le plus incertain paraît être celui de l'identité, admise par quelques-uns, niée par d'autres, entre le *jus naturale* et le *jus gentium.* Savigny affirmait que la bipartition du droit chez les Romains (d'un côté, le *jus civile;* de l'autre, le *jus naturale vel gentium*) est « non seulement la seule exacte, mais aussi celle qui doit être considérée comme la théorie dominante chez les Romains mêmes, tandis que l'autre ne peut valoir que comme un essai d'un perfectionnement ultérieur, qui ne fut pas communément reconnu et n'a pas eu influence sur les doctrines juridiques spéciales[1] ». Pour la bipartition se sont prononcés, entre autres, Voigt dans son ouvrage capital *Das jus naturale, æquum et bonum und jus gentium der Römer,* Mommsen et Krueger; pour la tripartition, c'est-à-dire pour la distinction entre le *jus naturale* et le *jus gentium,* Karlowa, M. Moriani, M. Brini, le regretté Ferrini, M. Brugi. M. Longo a récemment démontré la faiblesse de l'assertion de M. Perozzi — que la tripartition serait seulement une trouvaille de l'époque de Justinien[2]. M. Bonfante, qui, il y a quelques années[3], paraissait admettre sans plus la tripartition romaine, dans un ouvrage plus récent[4] dit que dans les sources on trouve tantôt la tripartition, tantôt la bipartition, et que les Institutions de Justinien, à cause de la façon de leur compilation, ont des traces de l'une et de l'autre.

Il paraît sûr que la conception romaine du *jus na-*

1. Savigny, 1, Vol. I, Append. I, p. 407.
2. V. Longo.
3. V. Bonfante, 1, pp. 120-135.
4. V. Bonfante, 2, p. 19.

turale ressent l'influence de la spéculation grecque; et la stricte parenté, qui devient parfois une identité, entre le *jus naturale* et le *jus gentium*, semble dériver non seulement de la grande généralité des principes, conçus comme dictés par ce *jus* qui était en antithèse avec le *jus civile*, propre des Romains, mais aussi, peut-être (bien que le *jus gentium* des Romains ne fût pas identique au droit des gens moderne) du défaut d'une sanction vraiment juridique tant pour le *jus naturale* que pour le *jus gentium*. A vrai dire, l'élément déontologique n'est pas tout à fait et toujours exclu de la conception romaine du *jus naturale*. Lorsque les Romains disaient que l'esclavage est une institution du *jus gentium* (car elle était commune à tous les peuples civilisés de l'époque), mais que pourtant elle était contraire à la nature[1], inconnue au *jus naturale*[2] (et voilà une opposition lumineuse entre les deux droits, que les partisans de la bipartition du droit chez les Romains ne peuvent jamais complètement justifier), on entend comme un écho de ces discussions sur l'esclavage, qui étaient répandues parmi les philosophes, de cette « dissension entre la conscience morale et la base économique de la société » — comme écrit M. Bonfante — qui fut une cause « de l'affaiblissement et de la ruine finale du monde antique[3] ». Et lorsque Paul dit que le *jus naturale* est ce *jus* « quod semper æquum ac bonum est » (L. 11 D.

1. Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur (§ 2 I. de iur. person. I, 3.).

2. Quœ res (manumissio) a jure gentium originem sumsit, utpote quum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio quum servitus esset incognita. (L. 4 D. de iust. et iur. I, 1).

3. Bonfante, 1, pp. 121-122.

de iust. et iur. I, 1), nous trouvons une anticipation de cette conception, scientifiquement dangereuse, bien que politiquement heureuse, du droit naturel, qui devait s'opposer au droit positif, comme une justice éternelle. Le principe déontologique n'est pas non plus totalement absent de ce passage de Gaïus (I, § 158) : « civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest », qui pourtant, se référant à la *capitis deminutio*, à cause de laquelle *agnationis... jus... perimitur*, tandis que *cognationis... jus... non commutatur*, nous montre un autre aspect, le plus intéressant pour nous, de la conception romaine du *jus naturale.*

M. Brini, l'un des plus chaleureux et savants partisans de la tripartition du droit chez les Romains, décrit ainsi cet aspect du *jus naturale* (pour lui, le seul aspect qu'il présentât aux Romains) : « Il n'a en soi rien d'abstrait, de philosophique, de transcendantal; ni rien, d'autre côté, de primitif, d'incivil, de non progressif. Il aurait, au contraire, le caractère d'être réel, concret, même pratique... Il s'avancerait et se développerait avec la vie : n'étant, en somme, que *la vie même dans son côté juridique;* tel, que ne pourraient mieux et plus objectivement le considérer les positivistes d'aujourd'hui. Tout en offrant, en même temps, un substratum et une impulsion aux *desiderata* législatifs et aux spéculations philosophiques[1] ».

Selon M. Brini, le *jus naturale* serait pour les Romains seulement l'aspect juridique de la vie sociale,

1. Brini, p. 47.

aspect qui change, avec le changement des faits dont il résulte. C'est au *jus naturale* romain, ainsi conçu, que nous semble analogue l'ordre juridique, tel que nous l'avons caractérisé, qui n'est qu'un aspect de l'ordre naturel.

Or, ce côté a été déjà vu par Savigny, qui, tout en réfutant la trichotomie romaine, reconnaît comme un concept « non seulement vrai, mais important et digne de considération » cet aspect du *jus naturale,* qui est « la matière du droit, le rapport naturel, qui en constitue le substratum[1] ».

C'est à cette signification du *jus naturale* romain que se rattache une glorieuse tradition italienne de la conception du droit naturel, que, pour le but de ce travail, nous nous bornerons à rappeler dans quelques traits très généraux.

Il est vrai que Vico, dans un lieu de son livre *De universi juris uno principio et fine uno,* faisant une de ses confusions habituelles entre le droit en général et le droit romain, se prononce pour la bipartition, et contre cette tripartition du droit romain (*jus civile, jus naturale, jus gentium*) dont descend l'interprétation, que nous venons de rappeler, du droit naturel. Et il est encore vrai que, pour cet auteur aussi, le droit naturel n'est pas complètement libre de tout élément déontologique, ce droit étant conforme à l'*integra natura* de l'homme, qui est déçue par le péché originel, dont elle se rachète au cours de l'histoire, avec l'aide de la divine Providence. Mais l'importance de la conception de Vico consiste, pour nous, dans la dis-

1. Savigny, 1, Vol. I, Append. I, p. 412.

tinction, sur laquelle il a insisté dans toute son œuvre entre le *jus naturale gentium* et le *jus naturale philosophorum*, ce dernier étant une méditation sur une parfaite idée de justice, tandis que le premier, divisé en *prius* et *posterius* (selon qu'il dérive du simple *esse* ou du *nosse* de l'homme, selon qu'il assure les conditions élémentaires ou les conditions progressives de la vie), est ce droit, qui est né avec les coutumes communes des nations ; ce droit, dont *mores et leges sunt... interpretationes;* en d'autres mots, le côté juridique du fait de la coexistence humaine (*nulla societas sine justitia... fundari ac sustineri potest*), immuable dans son principe, mais si souple dans son contenu, que Vico peut l'appeler « un droit éternel qui marche dans le temps » (*un Diritto eterno che corre in tempo*)[1].

Romagnosi[2] veut réduire à un même type « le régime du monde physique et celui du monde moral[3] ». Les règles modératrices, dans lesquelles consiste le droit naturel, dérivent « des *rapports réels et universels* de la nature[4] ». « *L'ordre moral théorique humain* est entièrement fondé sur l'*ordre physique* et façonné par l'*ordre physique*[5] ». Donné le seul fait de l'union des hommes, tous les *rapports* qui en dérivent sont indépendants de la volonté de l'homme, ne sont pas

1. V. Levi, 5.

2. Pour les théories de Vico et de M. Ardigò, qui firent pour nous l'objet de deux études spéciales, nous pouvons nous contenter de renvoyer le lecteur à ces écrits. Pour les idées de Romagnosi, au contraire, nous devons rappeler quelques lieux importants de ses œuvres; mais l'économie du travail nous impose de nous borner à des remarques fugaces.

3. V. Romagnosi, 2, Prefazione, p. 57.

4. V. 1, §§ 161, 166, pp. 555, 556-557.

5. 2, § 89, p. 126.

conventionnels[1]. C'est la nature des choses, qui détermine d'une façon invariable les *conditions* du pouvoir[2]. « Un droit *réellement* n'est qu'une *force utile réglée*[3]. » Toutes les choses, mieux toutes les actions, ont une *valeur* par rapport à l'homme : les choses produites par la nature et les produits de l'industrie; les services, les emplois, les charges, les secours, l'exécution des devoirs, les droits[4]. Tous les droits, qui sont « des résultats des rapports réels des êtres et des hommes[5] » ont toujours la même *valeur théorique*, qui est déterminée par les rapports réels des besoins, mais, en fait, une différente *valeur pratique*, qui dépend du concours de plusieurs causes contingentes[6] ». Toujours a-t-on une faculté, à laquelle correspond un devoir d'autrui, une liberté qui a pour son corrélatif un lien; recueillant, par abstraction, la qualité commune des objets, qui produit ces « affections de droit », on peut dire que la *juridicité* (qu'il nous soit permis ce néologisme) est « le complexe des circonstances et des rapports, qui donnent à une chose la qualité d'être de droit[7] ». Mais le droit naturel, qui est « de *raison* nécessaire et immuable », quant à ses particularités, est « de *position muable* comme les sortes de la nature et de la fortune, aussi bien de l'espèce, que des individus humains[8] »; il est « *aussi étendu, souple, multiforme* que le sont

1. Romagnosi, 3, § 214, p. 83.
2. V. 1, § 234, p. 586.
3. 3, § 151, p. 54.
4. V. 2, §§ 204 et suiv., pp. 206 et suiv.
5. 2, § 187, p. 196.
6. 2, § 215, p. 214.
7. 2, § 184, p. 195.
8. 1, § 350, pp. 634-635.

les circonstances nécessaires, qui disposent effectivement de la destinée des hommes[1] ».

M. Ardigò, qui enseigne, comme nous avons vu, que la justice[2] est la force spécifique de la société, dit qu'il n'y a ni société sans justice, ni justice sans société humaine. La justice n'est l'effet ni d'un ordre divin ni d'une convention arbitraire; elle est une formation naturelle de la société. La justice a deux côtés, selon qu'on la considère au point de vue social (et c'est la coaction exercée par le pouvoir) ou au point de vue individuel : et elle est la forme, sous laquelle se présente l'idéalité sociale, qui se fait impulsive de la volonté humaine. De ce côté même la justice a deux faces, celle du devoir et celle du droit, attribution imprescriptible de la personnalité morale de l'homme. Ce droit, qui est vraiment le seul droit naturel, peut être considéré ou dans son moment statique, comme formation effectuée; ou dans son moment dynamique, comme droit potentiel, comme ensemble d'idéaux qui se renouvellent sans cesse[3].

1. Romagnosi, 1, § 360, p. 638.
2. Ce mot est employé dans la même signification, que nous avons donnée à l'expression : ordre juridique.
3. V. Levi, 6.

CHAPITRE III

PRÉSOMPTIONS ET FICTIONS JURIDIQUES

19. *L'ordre juridique et l'étude des présomptions et des fictions.* — **20.** *Critique de l'idée de présomption. Les présomptions juridiques et leur valeur.* — **21.** *L'idée de fiction et son rôle.*

19. L'ordre juridique est — comme nous avons vu — un aspect de l'ordre naturel, appliqué à la vie sociale. Mais nos précédentes considérations ne nous conduisent point à exclure de l'ordre juridique l'initiative humaine. Tout au contraire, croyons-nous avoir démontré que les ordres particuliers, dans lesquels on peut penser fractionné le concept d'ordre naturel, lorsqu'il s'agit de la vie pratique, sont des systèmes de faits et de rapports, qui loin de s'accomplir en dehors de toute volonté humaine, dérivent d'une réaction particulière de la conscience aux influences du milieu, et des appréciations et actions humaines consécutives.

L'esprit, avec ses détours, avec ses ruses, n'est donc point exclu de notre conception de l'ordre juridique

comme aspect de l'ordre naturel. Et même si l'intelligence humaine recourt à des artifices, on pourrait dire toutefois, sous une forme un peu paradoxale, que ce qui est artificiel ne cesse point d'être naturel.

Il faut encore observer que les hommes, doués comme ils sont d'une faculté propre de réaction aux actions les plus diverses du milieu, influent naturellement, par leur volonté, même sur les conditions sociales qu'ils trouvent et sur les différents ordres de la réalité, pour les adapter de mieux en mieux à la satisfaction de leurs besoins. La vie sociale — pense M. Bonfante[1] — comme la nature, ne crée pas des organes tout à fait nouveaux pour des fonctions nouvelles, mais y adapte ceux qui existent, altérant par degrés leur structure. Et il ne faut point oublier que les différents systèmes, qui constituent les ordres de la réalité, justement parce qu'ils sont des systèmes, c'est-à-dire non un assemblage chaotique de faits, mais une connexion nécessaire régie par le principe de raison suffisante (connexion qui est dans l'intelligence, parce qu'elle est dans la réalité), obéissent à des exigences de nature logique, qui, avec l'impératif du principe de contradiction, portent à une liaison inébranlable de causes et effets.

L'ordre juridique, non moins que les autres ordres de faits physiques et sociaux, obéit à de telles nécessités logiques. Si la vie sociale est un phénomène naturel qui se présente avec telles caractéristiques, dont une série constitue ce que nous appelons l'ordre juridique, celui-ci, à son tour, a ses caractéristiques et ses condi-

1. V. Bonfante, 1, p. 110.

tions (Vico aurait dit : ses *guises*) : les unes et les autres, nécessaires à son existence, c'est-à-dire telles, sans lesquelles le droit ne pourrait pas subsister, ne serait point le droit.

Nous allons étudier ces conditions, ces aspects, ces caractéristiques nécessaires de l'ordre juridique dans le chapitre qui va suivre. Mais nous voulons consacrer celui-ci à l'examen d'une autre question, plus particulière — nous dirions volontiers plus *technique* — la question des présomptions et fictions juridiques, envisagée non point sous tous les points de vue qu'elle peut présenter dans les différentes sciences juridiques, mais seulement sous l'aspect général, dans lequel elle doit être examinée par la philosophie du droit.

Nous voulons que cette brève étude précède les considérations sur les deux côtés, objectif et subjectif, du droit — tout en ne niant pas que les présomptions pourraient être envisagées comme des moyens pour faire valoir le droit subjectif et aussi comme des nécessaires aides du droit objectif (*præsumptiones hominis* et autorité de la chose jugée) et les fictions pourraient être rattachées à l'examen du côté objectif du droit — car nous pensons que l'étude des présomptions et des fictions juridiques est comme un complément de la première considération, générale, de l'idée d'ordre juridique, que nous avons faite dans le Chapitre précédent.

Peu d'études, en effet, — autant que celle des présomptions et fictions juridiques — pourraient se prêter à la défense de la thèse contraire à la nôtre, c'est-à-dire la thèse du caractère artificiel de l'ordre juridique. Les présomptions et surtout les fictions, étant

sans doute des ruses, des inventions, des trouvailles de l'intelligence humaine, semblent nier la qualité de naturel, au moins dans la signification habituelle de cette expression, à l'ordre juridique.

Nous croyons, au contraire, qu'une considération réaliste du droit ne voit point de difficulté au caractère naturel de l'ordre juridique dans l'élaboration intellectuelle du système du droit et dans les ruses auxquelles elle fait recours. Et dans l'étude du fondement essentiellement présomptif de la construction technique du droit et de la portée et des limites des présomptions et fictions juridiques *stricto sensu*, nous voyons un terrain très propre pour démontrer en quoi l'ordre juridique ne fait que se conformer à ce que dicte l'expérience et en quoi, et pourquoi, il s'en écarte parfois[1].

1. V. Fitting, pp. 18 et 19. V. pp. 66 et suiv. sur les présomptions, et sur la distinction entre les *Erfahrungsvermuthungen* (nach der Regel des Lebens) et les *Rechtsvermuthungen*, qui « sind äusserlich bindende Rechtssätze, welche sich bewusst und absichtlich über die Regeln des Lebens und der Erfahrung hinwegsetzen. » (p. 68). Mais « ...gehen... auch die blossen Erfahrungsvermuthungen in die Rechtsvermuthungen ohne scharfe Grenze über, und der Unterschied lässt sich überhaupt nur daran mit Sicherheit erkennen, dass die Erfahrungsvermuthungen von dem Grundsatze der freien Wahrheitswürdigung beherrscht werden, während die Rechtsvermuthungen von diesem Grundsatze unabhängig sind und daher stets oder doch manchmal Ergebnisse mit sich bringen, zu welchen das Gericht bei freier Wahrheitswürdigung nicht gelangen könnte. » (p. 75) « Wo weder das Dasein noch das Nichtdasein eines gewissen (des rechtlichen vermutheten) Verhältnisses festgestellt werden kann, da soll — das ist der Sinn und die Bedeutung jeder Rechtsvermuthung — ein gewisser anderer Thatbestand (derjenige, welcher die Voraussetzungen der Rechtsvermuthung bildet), weil er wenigstens die Möglichkeit jenes Verhältnisses offen lässt, dem letzteren für die rechtliche Wirkung gleich gelten. » (p. 76.) — Sur le rôle bienfaisant de la fiction, v. Forti, pp. 69-81.

Nous verrons dans les paragraphes suivants ce que c'est qu'une présomption et une fiction dans leur sens technique. Nous devons, toutefois, justifier, dès à présent, notre objet, qui est de considérer les présomptions et les fictions tout ensemble, comme ayant des caractères communs.

Quels sont ces caractères? Depuis les vieux traités on a soin de distinguer les présomptions des fictions. Alciat, dès le début de son ouvrage *De præsumptionibus*, s'occupe des fictions, dont il remarque ce caractère, qui différencie la fiction de la présomption : « cum fictio sit adversus veritatem, in hoc distat a præsumptione, quæ fundatur in veritate, quia lex ita præsumit[1] ». Menochius, « le vrai père de la théorie des présomptions[2] », dès la *quæstio VIII* de son livre I *de præsumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, se demande la différence, ou, pour mieux dire, les différences entre la *præsumptio* et la *fictio*. Et, après avoir commencé par observer que « fictio fingit vera esse ea quæ vera non sunt. Præsumptio vero præsumit super re dubia, quæ sive ita esse, aut non esse potest », il énumère dix autres caractères différentiels entre l'une et l'autre[3].

Dans les livres modernes, aussi, lorsqu'on traite des présomptions, on touche, quoique en passant, aux fictions. Burckhard, qui a savamment étudié les présomptions civiles, parle des fictions, par exemple, à propos du *consensus præsumtus* et *fictus*[4]. M. Ram-

1. Alciat, p. 8.
2. V. Burckhard, p. 2.
3. Menochius, Vol. I, pp. 11-12.
4. V. Burckhard, pp. 305-311.

poni, dans son beau livre sur les présomptions, consacre quelques pages aux fictions, en se rattachant, pour ce qui a égard au *fundamentum divsionis*, aux opinions des vieux docteurs[1].

D'un autre côté, les écrivains, qui s'occupent des fictions, touchent quelquefois aux présomptions. Il nous suffit de rappeler le petit livre bien connu de Demelius, qui dit que « la fiction est une règle juridique d'expression particulière (*besonderen Ausdrucks*), tandis que la présomption est une règle juridique de contenu particulier (*besonderen Inhalts*[2].) » Et M. Bernhöft, dans un mémoire récemment publié sur les fictions, reconnaît une classe particulière de fictions, semblables aux *præsumptiones iuris et de iure*, qu'il appelle « präsumptionsähnliche Fiktionen[3] ».

Selon un juriste italien, M. Giorgi, la présomption légale est « presque une fiction créée par le législateur *contra rationem iuris*[4] ».

C'est avec la *præsumptio iuris et de iure*, qui, comme on sait, exclut toute preuve contraire, que la fiction a l'analogie la plus frappante.

Le regretté Ferrini, en observant qu'il y a une contradiction idéologique entre la « preuve », c'est-à-dire un moyen de recherche de la vérité, et la règle légale de considérer comme vraie telle assertion, tout en reconnaissant que, dans la présomption absolue, pourrait même être vrai ce qu'on admet par ordre du

1. V. Ramponi, 1, pp. 51-60.
2. Demelius, p. 92.
3. V. Bernöft, p. 256.
4. V. Giorgi, p. 562.

législateur — ce qui n'a pas lieu dans la fiction[1] — dit que cette différence possible entre la présomption absolue et la fiction n'a point d'importance, du moment que, le fait fût-il vrai ou non, il faut l'admettre, et dans un cas comme dans l'autre tout se réduit à empêcher de prouver la réalité effective des choses : et « ici est toute l'essence de la figure juridique (c.-à-d. de la présomption absolue), son but et son importance[2] ». Ni M. Ramponi, en répondant à Ferrini, tout en insistant sur le caractère de distinction entre *præsumptio* et *fictio*, a pu rien opposer à ces considérations sur l'identité, *au point de vue pratique*, des deux figures juridiques[3].

On a le soin de distinguer les présomptions et les fictions ; on démontre aussi — comme nous venons de voir — qu'il y a entre les deux figures tel point de contact, qu'il y a des fictions qui rappellent des présomptions et qu'il y a des présomptions, celles *iuris et de iure*, qui pratiquement ne se différencient point des fictions. Mais on n'a jamais suffisamment expliqué — à notre avis — le fondement commun de ces deux figures, par quelle raison touche-t-on aux fictions lorsqu'on parle des présomptions.

Pourquoi Alciat et Menochius éprouvent-ils le besoin, dès le début de leurs ouvrages, de montrer la différence entre les présomptions, auxquelles ces ouvrages sont consacrés, et les fictions? Glück dit que

1. Baldus disait : « Præsumptio juris et de jure est declaratoria rei dubiæ, quia præsumptio est verorum : fictio est falsorum. » (D. V. de ritu nuptiarum ad leg. qui in provincia n. 8). V. Barassi, 1, p. 124, et aussi p. 125 et notes 37-42, pp. 136-138.)

2. V. Ferrini, 1, pp. 566-567.

3. V. Ramponi, 2.

les fictions légales sont tout à fait différentes des présomptions du droit[1]. Mais par quelle association l'idée de fiction se présente-t-elle à celui qui parle des présomptions?

Voici un problème de psychologie juridique, qui n'est pas sans importance pratique. Car, si les deux idées — de présomption et de fiction — se présentent tant de fois ensemble, il y a, à ce propos, ou une équivoque qu'il faut éclaircir, ou une vérité qu'il faut élucider.

Demelius, dans son livre déjà cité, critique, non sans raison, Kuntze, qui, en observant que la fiction n'a qu'une signification formelle, en traitait tout ensemble avec la présomption, comme étant « des motifs pour le législateur et des formules de systématisation dogmatique[2] ». Nous partageons l'avis de Demelius : ni les expressions, ni la collocation de Kuntze ne sont heureuses ; il y a ici, pourtant, un grain de vérité, qu'il faut cueillir. Il y a peut-être une raison plus profonde que ne serait une analogie d'expression ou une identité d'effet pratique pour qu'on traite ensemble des présomptions et des fictions juridiques.

Les auteurs de deux récents traités de droit civil, l'un italien, l'autre français, — MM. Chironi et Abello, et M. Planiol — emploient des expressions, qui démontrent, mieux qu'un long raisonnement, la vraie parenté entre les présomptions et les fictions juridiques. Les premiers, tout en faisant aussitôt la distinction technique entre les présomptions et les

1. V. Glück, pp. 219-220.
2. V. Demelius, p. 89, note 3.

fictions (cette immédiate connexion entre les deux arguments est, d'ailleurs, une autre preuve en faveur de notre thèse), disent que les présomptions sont des « créations de la loi[1] »; le second, à propos des présomptions légales, écrit qu' « il arrive assez souvent que la loi renverse l'ordre naturel et dispense de toute preuve un plaideur qui se trouve dans une situation déterminée[2] ».

Nous allons voir dans les paragraphes suivants le vrai caractère de ces deux figures juridiques, ce qui éclaircira aussi leurs naturelles différences. Ce qu'il importe, pour le moment, de mettre en lumière, c'est le caractère qu'elles ont en commun.

Dans les présomptions, nous avons un écart de la normalité de la procédure; ce qu'on présume serait-il vrai, comme la majorité des cas nous autorise à supposer, ou faux, n'importe : il suffit qu'il soit possible, et on l'accepte comme démontré, que la preuve du contraire soit admise ou non. Nous allons voir que tout système juridique est une condensation d'expérience, pour ainsi dire, de façon que l'on peut parler du fondement présomptif de bien de règles du droit. Il y a, toutefois, dans les systèmes juridiques les plus perfectionnés, des cas spéciaux, où l'on introduit des présomptions au sens technique, c'est-à-dire des inductions déjà établies, de nouvelles condensations d'expériences, qui épargnent des preuves et qui, d'après des faits donnés, obligent le magistrat à admettre comme démontrés tels autres faits; et cela,

1. V. Chironi et Abello, p. 621.
2. V. Planiol, t. I, p. 139.

ou pour des considérations de véritable nécessité ou pour des réflexions de simple utilité sociale.

Dans les fictions, qui représentent, comme nous allons voir, des moyens très usités dans les droits anciens pour adapter de vieilles institutions à de nouveaux besoins, et qui n'ont point disparu du droit moderne, où elles ont peut-être encore une fonction à remplir, nous avons, au contraire, des dispositions impératives de la loi, qui se fondent sur des faits, sur des situations, qui ne répondent sûrement à la réalité, ou, au moins, à l'acception communément reçue des objets (tel est le cas, par exemple, des personnes juridiques[1]). Mais ici, comme dans les présomptions, ce sont des motifs de nécessité ou, au moins, d'utilité sociale, qui suggèrent l'adoption de la fiction au lieu de la réalité.

C'est donc à une même loi qu'obéissent les deux figures juridiques, les présomptions comme les fictions : la loi du *moindre effort;* et cela, aussi bien pour la construction technique du système juridique, que pour la protection des droits subjectifs et la fonction nécessaire de garantie exercée par le droit objectif dans le mécanisme complexe de la vie sociale.

20. Qu'est-ce qu'une présomption?

Comme démontre Ferrini, « *praesumere* dans les

1. M. Ruffini observe que « le triomphe de la théorie de la fiction (sur les personnes juridiques) était puissamment favorisée par la prédominance du Nominalisme. » Et il rappelle l'expression de Bartolus : « universitas...proprie non est persona; tamen hoc est fictum positum pro vero, sicut ponimus nos iuristæ ». (p. 329). La théorie de la fiction, d'ailleurs, malgré les efforts pour établir des doctrines contraires, est encore prédominante. (V. Brugi, 2, pp. 111-112.)

bons écrivains de l'âge d'argent et dans les juristes classiques se trouve dans le sens de « croire, opiner » [littéralement : opinion reçue, suivie à préférence] : l'usage technique de l'âge de Justinien, ... par lequel « præsumere » équivaut « admettre sans exigence de preuve » n'est qu'une dégénérescence de cette signification[1] ». Dans les textes juridiques antérieurs conservés dans leur intégrité, il n'y a aucune trace de l'usage technique du mot *præsumere*[2]. Comme ont démontré les recherches critiques sur les textes romains[3], dans les lieux des juristes classiques reportés dans les Pandectes, l'expression *præsumere* et ses analogues employées dans leur signification technique sont des interpolations des compilateurs. Ces recherches mettent en relief — observe Ferrini — un fait très singulier : le mot *præsumere* (et ses dérivés) se trouve dans les écrivains classiques dans sa signification commune et simple, de *croire, opiner,* tandis qu'il n'est jamais employé dans ce sens par Justinien; dans les interpolations des compilateurs et dans les constitutions de Justinien le même mot prend une signification particulière et technique : « admettre sans démonstration, sans besoin de preuve », la possibilité de la preuve contraire soit ou non admise, mais, d'habitude, admettre jusqu'à preuve du contraire — signification inconnue aux écrivains classiques. Et

1. Ferrini, **2**, p. 258, note.
2. V. *Id.*, *ibid.*, **2**, p. 259.
3. V. Gradenwitz, pp. 70-78, et Ferrini, **2**, pp. 265 et suiv. Déjà Fabrus (*Coniect.*, 18, 20) observe que dans la l. 25 D. de probat. et præsumpt. XXII, 3, il n'y a rien « quod non sapiat Tribonianum a principio usque ad finem » (apud Ferrini, **2**, p. 266).

c'est justement ainsi que les byzantins définissent la *πρόληψις*[1].

La présomption fait, donc, son entrée dans le droit avec la codification de Justinien. Elle est — dit M. Seilhan — « un mode de preuve qui se fonde simplement sur le rapport qui peut exister entre certains faits constatés, et d'autres faits qu'il s'agit d'établir[2] ». Et M. Fitting observait que, bien que les présomptions ne puissent pas supporter tout l'édifice du poids de la preuve, toutefois elles jouent dans cette théorie un rôle très important[3]. Mais ceux qui se sont occupés plus spécialement de cet argument, n'ont pas laissé d'observer, avec regret, l'imprécision des termes *præsumere* et équivalents : dans *præsumere* sans rien d'autre — dit Burckhard — il y a seulement un caractère négatif : c'est accepter sans preuve[4].

Or, cette imprécision serait-elle seulement dans le terme, ou ne serait-elle plutôt dans l'idée?

Les présomptions, même si on se borne à la signification technique, juridique du mot, embrassent tant de différents objets, qu'il n'est point merveille qu'il y ait tant de discussions sur leur portée et sur leur classification.

On ne distingue point, d'habitude, les présomptions techniques *stricto sensu* des *præsumptiones hominis* et du fondement présomptif de plusieurs institutions juridiques.

1. V. Ferrini, 2, pp. 266-267.
2. Seilhan, p. 12.
3. V. Fitting, p. 3.
4. Burckhard, p. 114. V. aussi pp. 66, 116, 220. V. aussi Ramponi, 1, pp. 153-163.

Le Code Napoléon (art. 1349), suivi à la lettre par le Code civil italien (même article), définit les présomptions —« des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». C'est-à-dire, au point de vue logique, les présomptions ne sont que des inductions. Le législateur italien — au lieu de *tire* — dit : *déduit;* mais l'expression est logiquement inexacte.

L'école connaît la distinction entre les *præsumptiones hominis* et les présomptions légales, et, entre celles-ci, fait une sous-distinction entre les *præsumptiones iuris tantum* ou présomptions simples et les *præsumptiones iuris et de iure* ou présomptions absolues.

Les présomptions *hominis,* ou du juge, sont — selon la lettre de la loi (art. 1353 Code Napoléon; art. 1354 Code civil italien) — celles « qui ne sont point établies par la loi » et « sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes ».

Toute décision, civile ou pénale, se fonde, en dernière analyse, sur des inductions du magistrat, qui prête foi à telle preuve plutôt qu'à telle autre, plutôt à la parole du prévenu qu'à celle du représentant de la loi, plutôt aux preuves offertes par le défendeur qu'à celles du demandeur, etc. Peut-on énumérer ou caractériser les *présomptions* du juge? Elles ne se laissent pas embrasser par des règles fixes, dit Burckhard, et il répète ce que disait Duarenus, qu'elles sont innombrables comme les ondes de la mer[1].

1. V. Burckhard, pp. 259, 193-194, 194 note. V. aussi Ferrini, 2, p. 272.

Mais restons sur le terrain des présomptions de la loi. La catégorie des présomptions *iuris et de iure* mérite une place à part : Burckhard en traite dans un appendice, presque à contre-cœur, car, pour lui, le trait essentiel des présomptions est la possibilité de la preuve du contraire. Les présomptions *iuris et de iure* sont sévèrement critiquées par M. Aron, qui démontre qu'elles sont une invention des Glossateurs; il distingue entre celles que les juristes (romanistes et canonistes) ont appelées *præsumptiones iuris et de iure :* 1° des hypothèses étrangères au droit (Baldus disait, et Menochius rappelle, « si probatum extitit homini amputatum fuisse caput, inde descendet necessaria, atque ita violenta præsumptio hominem illum esse vita defunctum »! Menochius ajoute : « Est his simile exemplum, si dicimus fumus e domo exivit, ergo ibi ignis adfuit. Natura enim hoc efficit[1]. ») — 2° des règles de droit impératives, qui ne contiennent aucune présomption. — 3° de véritables *præsumptiones iuris et de iure,* c'est-à-dire des règles de droit impératives fondées sur une présomption[2]. Elles sont, en d'autres mots, « comme on l'a dit, des dispositions impératives qui portent dans leur enchâssure seulement la forme de présomptions[3] ». En effet, tandis que dans les présomptions simples, la loi *présume,* dans les présomptions *iuris et de iure* la loi *statue.* La présomption simple, de l'homme ou de la loi « est *par essence* une *probabilité;* c'est une vérité, naturelle ou légale, essentiellement provisoire. Si on ne peut pas

1. Menochius, Liber I, Quæst. III, 4. T. I, p. 5.
2. V. Aron, p. 506.
3. *Id.*, p. 512.

faire la preuve contraire, la présomption disparaît, la probabilité fait place à la certitude[1]. »

Burckhard consacre son livre tout particulièrement aux présomptions civiles *stricto sensu*, qu'il définit « positive Rechtssätze des Inhalts, dass ohne den nach allgemeinen Beweisregeln erforderlichen Beweis ein bestimmter Umstand als bewiesen angenommen werden solle[2] ». Et il accepte la distinction, mentionnée par Menochius, entre *præsumptiones facti* et *præsumptiones voluntatis*, selon que ce qu'on présume, qu'on accepte comme démontré, sans besoin de preuve, mais avec la possibilité d'une preuve contraire, c'est un fait ou une volonté[3].

1. Aron, p. 511.
2. Burckhard, p. 193.
3. V. Burckhard, pp. 243-248. A la *præsumptio voluntatis* paraît être rattachée la question du *silence* et de son efficacité dans les négoces juridiques, sur laquelle on a tant discuté parmi les juristes (il nous serait facile de citer bien de travaux de Ranelletti, Simoncelli, Perozzi, Bonfante, etc.). Il faut pourtant rappeler ce qu'écrit, à ce propos, un éminent juriste, M. Gabba : « ...si l'on peut admettre des cas, dans lesquels le silence produit des effets juridiques, ces effets sont produits *tacitement*. Je veux dire : les achats, les pertes, les renonces à des droits, les obligations qui puissent, par aventure, dériver du silence, sont des achats, des pertes, des renonces, des obligations *tacites*, non pas *présumées*. Car la présomption est un argumenter d'après tel fait connu un autre fait inconnu, selon l'art. 1349, Code civ. It., et l'on entend un fait antérieur, et est aussi un argumenter d'après tel fait connu un droit antérieur inconnu, ou aussi une résolution intérieure de celui qui agit, non strictement connexe au fait, lesquelles deux dernières choses l'art. 1349 ne remarque point. Un fait ou un droit antérieur ou une résolution intérieure sont argumentés d'après un fait connu actuel dans les présomptions, soient-elles *iuris* ou *iuris et de iure* ou seulement *hominis*... Mais d'après tel fait actuel, outre un autre fait ou un droit antérieur, on peut aussi arguer une certaine volonté ou intention actuelle de l'auteur de ce fait, et celle-ci n'est, pour proprement parler, une présomption ni de fait, ni de droit, bien que souvent on l'appelle telle; elle est plutôt et simplement une

M. Ramponi, en visant au *but juridique* des présomptions, établit, entre elles, sans faire distinction entre présomptions *iuris tantum* et *iuris et de iure,* cette classification : présomptions légales destinées : 1° à empêcher la formation d'un rapport juridique (ce sont, par exemple, les présomptions, sur le fondement desquelles la loi annule certains actes comme faits en fraude de ses dispositions [dispositions testamentaires en faveur des incapables, faites par moyen de personnes interposées] ou de tiers intéressés); — 2° à reconnaître l'existence d'un rapport juridique (les présomptions, en force desquelles la loi déclare que la propriété commune ou exclusive résulte de telles conditions matérielles des lieux) ou à reconnaître l'existence d'un fait, dont résultent tels effets juridiques (présomption d'absence, de paternité, de vitalité, de commorience); — 3° à reconnaître les modalités d'un rapport juridique déjà constitué (les présomptions,

interprétation de volonté, qui dans ce fait a été signifiée (Willenserklärung) ou actuée (Willensbethätigung), c'est-à-dire une volonté tacitement démontrée avec ce fait. Cela donné, comme le silence est un fait, il est clair que présumer d'après celui-ci une volonté actuelle tacite, renfermée dans le silence, n'est pas présumer, en vertu du fait du silence, un fait ou un droit antérieur, ni, moins encore, une résolution n'ayant aucun rapport avec le fait devant lequel on se tait..... Si le silence, où il puisse être retenu une manifestation tacite de volonté en général, et de volonté juridique en particulier, est un des moyens dans lesquels une telle manifestation est possible, et si cette manifestation ne doit pas être confondue avec la présomption de volonté, il est clair que dans le discours sur les effets juridiques du silence ne peut pas entrer celui sur les faits positifs, qui soient des significations tacites de la volonté, ni moins encore celui sur les faits positifs, d'après lesquels une volonté est arguée par voie de présomptions. Et pourtant la confusion de tous ces différents cas est commune dans les travaux sur le silence dans le droit civil. » (1, pp. 115-116.)]

avec lesquelles la loi déclare, dans le silence des parties, qu'un contrat est sujet à condition, ou est stipulé pour un certain temps, ou solidairement); — 4° à reconnaître le dénouement d'un rapport juridique (par exemple, les présomptions avec lesquelles la loi déclare que la libération d'une obligation résulte de telles circonstances déterminées). Mais de ces catégories est exclue une autre présomption, qui regarde un rapport juridique quelconque, un fait quelconque, une matière quelconque : c'est la présomption de vérité, que la loi attribue à la chose jugée[1].

Les juristes voient tous que la théorie des présomptions appartient non seulement au droit matériel, mais aussi au droit formel; aussi bien au droit qu'à la procédure[2] : de là, une des difficultés de cet argument, dans lequel il y a toujours le danger de dire ou trop ou trop peu.

Les observations des juristes sur cet objet démontrent clairement la nature assez imprécise, même au point de vue du droit, de ces trouvailles du talent juridique, qui ne sont point de vraies et propres institutions juridiques, ni des rapports juridiques, ni des modalités de ces rapports, ni un moyen de faire valoir un droit, ni une précise disposition de la loi, ni une modalité du droit subjectif, ni une sorte de preuve, mais sont plutôt des conséquences que la loi tire de certaines conditions de fait, pour reconnaître, sans besoin d'autre preuve, l'existence de tels droits subjectifs, et pour imposer, par des raisons de nécessité ou de simple utilité, l'empire de telle règle de droit.

1. V. Ramponi, 1, pp. 16-17.
2. V Burckhard, pp. 1 et 119.

Nous venons de parler de conséquences que la loi tire de certaines conditions de fait. Mais tout l'ordre juridique n'est-il pas un système de conséquences, attribuées à telles conditions de fait? Ces conséquences sont attribuées par la loi — c'est-à-dire, en considérant le dessous des choses, par ces personnes, qui, dans la société, détiennent le pouvoir. Les présomptions proprement dites ne sont qu'une spécification de ce procédé, qui est essentiel à la création de l'ordre juridique.

En effet, si nous considérons plusieurs branches du droit, nous trouvons qu'un fondement présomptif est au-dessous d'une foule de dispositions.

Burckhard rappelle quelques dispositions romaines, qui se fondent sur des présomptions : celle, par exemple, qui confie la tutelle des enfants mineurs à la veuve, jusqu'à un deuxième mariage, mais non davantage, car on présume *non amplius permanere* l'affection maternelle; cette autre, qui donne au père la tutelle du fils devenu fou, car *quis enim talis affectus inveniatur, ut vincat paternum?* etc., etc.[1]. Et il démontre, dans un autre lieu, que non toute règle juridique est une présomption, mais toute règle juridique repose sur des présuppositions factices[2]. En effet, toute règle juridique, étant par sa nature une règle générale, ne peut trouver une correspondance exacte dans tout cas particulier[3].

1. V. BURCKHARD, pp. 175-177.
2. V. *id.*, p. 212.
3. Pour cela, M. CROCE parle, tout bonnement, de *fictions* — et non seulement de *présomptions* — intrinsèques à la loi, « essendo sempre finzione fare rientrare un caso concreto in una categoria astratta. » (2, p. 351.)

Les règles juridiques — observe M. Ramponi — de même que les présomptions, se fondent sur des hypothèses qui répondent probablement, c'est-à-dire dans la plupart des cas, à la vérité.

Les règles sur la majorité sont fondées sur la présomption qu'à l'âge établi par la loi l'homme soit capable de se diriger dans la vie; les règles sur l'âge pour contracter mariage sont fondées sur des présomptions de caractère physiologique; des écrivains affirment (que les féministes leur pardonnent) que l'exclusion de la femme de l'exercice des droits politiques et des hautes charges de l'État est fondée sur une présomption d'incapacité intellectuelle ou morale. L'interdiction fait présumer la continuité ininterrompue de l'infirmité mentale et, par conséquent, rend nuls de droit les actes de l'interdit. Les règles sur l'âge nécessaire pour la pleine responsabilité pénale sont aussi fondées sur des présomptions de pleine intelligence. Jusqu'à ce qu'on introduise dans nos lois le principe de la responsabilité objective, le fondement de la responsabilité civile repose sur une présomption de faute. Les motifs de récusation d'un juge se fondent sur une présomption d'intérêt (soit-il un intérêt économique, ou l'affection, ou une inimitié, ou l'amour-propre) du juge dans le procès. Il y a, encore, des écrivains, qui interprètent les principes de la succession légitime comme un testament présumé du *de cuius*[1].

Les règles juridiques, auxquelles nous avons fait allusion, se fondent sur des présuppositions : elles

1. V. Ramponi, 1, pp. 99-138.

sont, sans doute, comme les présomptions, des conséquences que la loi tire de certaines conditions de fait, des conséquences fondées sur ce qui advient d'habitude, sur des probabilités. Sont-elles des présomptions? Non; elles ne le sont pas, dans le sens strict du mot, car elles n'admettent point de preuve contraire.

Voilà le point important de cette matière. Pour ne pas compliquer davantage la question, il nous suffira de rappeler une discussion à propos de l'article 892 du Code civil italien (art. correspond. du Code Napoléon 1038). Cet article dispose que l'aliénation ou la transformation radicale de la chose léguée révoque le legs. Quelques juristes croient qu'il s'agit, ici, d'une présomption de volonté du testateur. Mais M. Ramponi peut facilement répondre que non. Pourquoi? Parce que si c'était une présomption, on admettrait la preuve contraire que le testateur, quoiqu'il ait aliéné ou transformé la chose léguée, ne voulut pas révoquer le legs. L'inadmissibilité de la preuve contraire suffit à prouver que cet article ne contient pas une présomption[1].

Mais, toutefois, à cet argument, tout pratique, de distinction entre les présomptions *techniques* et les règles juridiques qui, bien que fondées sur des présuppositions, ne sont pas des présomptions, on pourrait faire une grave objection, fondée sur les présomptions *iuris et de iure*, qui, par définition, sont des présomptions, qui n'admettent point de preuve contraire.

Ici, est le vrai nœud de la question, le point,

1. V. Ramponi, 1, pp. 133 et suiv.

qu'une philosophie juridique, qui veut comprendre la véritable nature des présomptions, doit éclairer.

Un juriste, M. Ramponi, que nous avons cité plusieurs fois, reconnaît que la règle juridique n'est, souvent, que le dernier stade d'évolution d'une présomption, c'est-à-dire une hypothèse qui, s'étant démontrée maintes fois conforme à la réalité des choses, perd à la fin son caractère — même verbal — d'hypothèse, et devient une règle juridique impérative vraie et propre. Et, inversement, les présomptions légales ne représentent qu'un stade, qu'un moment précédent de cette évolution d'un concept juridique[1].

On peut, même aujourd'hui, — rappelle encore M. Ramponi — cueillir la même idée dans les deux stades différents, de présomption et de règle juridique, dans deux divers pays ou dans deux branches différentes du même système juridique. Voici deux exemples bien intéressants de ces deux cas. Si deux contractants se sont accordés sur tous les points essentiels du contrat, même s'ils font des réserves sur tel point d'importance secondaire, il est naturel de présumer que le contrat ait son efficacité obligatoire : en Italie, cette présomption est reconnue constamment dans la jurisprudence, mais elle n'est qu'une *præsumptio hominis*, n'est point une règle juridique; en Suisse, la présomption est consacrée par la loi (Code fédéral des obligations, art. 2), est déjà devenue une présomption légale. Changez la forme : elle deviendra, non plus une présomption, mais une règle juridique vraie et propre. Autre exemple. Dans le Code civil

1. V. Ramponi, 1, pp. 130 et suiv.

italien, article 1326, il est dit que si dans le même acte on désigne de deux façons diverses une somme à payer, on présume que l'obligation soit pour la somme inférieure. Dans le Code de commerce, article 291, on dit que si, dans une lettre de change, on écrit deux sommes diverses, on doit payer la somme inférieure. On ne parle plus de présomptions. La règle juridique est devenue tout à fait impérative ; on ne parle plus de présomption, bien qu'une présomption soit au fond de cette règle.

Nous avons déjà vu que les présomptions *iuris et de iure* ont été l'objet de plusieurs critiques. L'expression qui les désigne n'est point dans les sources romaines, comme n'y est pas celle *præsumptio iuris.* Elle se trouve d'abord dans la Glose et, dès lors, elle a commencé son chemin à travers les écrits de tous les siècles : il n'y a pas une expression ni dans la langue allemande (comme observe Burckhard[1]), ni dans les autres langues modernes, qui puisse la traduire exactement. Et, ajoute Burckhard, même « dieser Begriff ist ein höchst unklarer ». On appelle, parfois, illégitimement, *præsumptiones iuris et de iure* de véritables règles juridiques impératives, dans lesquelles la loi ne dit pas, comme à propos des *præsumptiones iuris :* « sic credo, nisi contrarium appareat », mais : « sic volo, sic iubeo ». On a un cercle vicieux, on définit toujours *idem per idem,* si l'on dit qu'on a une *præsumptio iuris et de iure,* lorsque la preuve contraire n'est pas admissible, ou que la preuve contraire est inadmissible lorsqu'on a une *præsumptio iuris et de*

1. Burckhard, p. 370.

iure[1]. Dans la présomption *iuris et de iure* la loi non seulement présume quelque chose (*est dispositio legis aliquid præsumentis*), mais dispose encore quelque chose sur ce qu'elle a présumé (*et super præsumto* — suit Alciat[2] — *tanquam sibi comperto statuentis*). En d'autres mots, pour qu'il y ait une présomption *iuris et de iure*, il faut le concours de deux conditions : la présence d'une règle juridique, qui peut être appelée présomption, et la défense de la preuve contraire : il faut qu'il y ait la possibilité naturelle, exclue par le droit, d'une preuve contraire. Mais, toutefois — dit encore Burckhard[3] — on n'apporte point une grande utilité à la science avec une telle idée.

Toutes les présomptions sont des exceptions à la règle générale du procès, car elles dispensent des preuves dans tel cas. Mais le caractère des présomptions est toutefois celui d'admettre la preuve contraire. Les présomptions *iuris et de iure* introduisent une exception dans l'exception : elles interdisent toute preuve contraire. Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi — disent le Code Napoléon (art. 1352, II) et le Code civil italien (art. 1353) — lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice. Les civilistes portent comme exemples classiques des actes annulés les dispositions testamentaires et les donations, faites en faveur de personnes incapables, par moyen de personnes interposées, étant censées être telles le père, la mère, les descendants et l'époux

1. V. Burckhard, p. 375.
2. Alciat, p. 15.
3. V. Burckhard, p. 385.

de l'incapable. Et quelles sont les présomptions qui dénient l'action en justice? Les juristes rappellent la présomption de remise de la dette, avec la remise volontaire du titre original sous signature privée (art. 1282 Code Napoléon — 1279 Code civil italien), tandis que la remise volontaire de la grosse du titre — dit le Code Napoléon (art. 1283) — est une présomption simple, qui permet la preuve contraire. Des civilistes et des arrêts des Cours rappellent aussi, à ce propos, la prescription, mais, comme observe M. Ramponi, elle ne peut pas être conçue comme une présomption, car il ne peut y avoir une présomption légale sans une loi, et il n'y a pas de loi qui établisse cette présomption.

La prescription est un moyen d'acquérir la propriété et les autres droits sur les choses et d'éteindre les obligations; elle n'est pas une preuve de cette acquisition ou extinction[1].

Les présomptions, dont parlent l'article 1352 II Code Napoléon, et l'article 1353 Code civil italien, sont donc absolues. Toutefois la loi ajoute : « à moins *que la loi* n'ait réservé la preuve contraire ». Cela veut dire que, dans certains cas, la loi elle-même admet, dans des circonstances particulières, la preuve contraire. Par exemple : l'article 709 du Code de commerce italien dit que les actes, paiements, aliénations, etc., antérieurs à la date de la cessation des paiements sont présumés faits en fraude des créanciers et annulés, si l'on ne peut pas porter une preuve contraire.

1. KANT aussi fonde l'usucapion — moyen d'acquérir la propriété — sur une présomption *iuris et de iure* (prescription?) que la loi tire du même postulat suprême du droit. (3, § 33, pp. 132-133.)

La loi réserve aussi la preuve contraire contre la présomption, sur le fondement de laquelle on dénie au mari l'action pour désavouer l'enfant conçu dans le mariage. Cette présomption est de celles, que quelques auteurs appellent mixtes, justement à cause de leur caractère qui n'est pas bien précis, car elles admettent une preuve contraire, mais seulement sous certains tempéraments.

Il est à peine nécessaire de dire que la preuve contraire, inadmissible, selon la lettre de la loi, contre les présomptions *iuris et de iure*, n'est point inadmissible contre les faits, qui servent d'appui à la présomption : en d'autres mots, si la présomption existe, la preuve contraire n'est pas possible; mais on peut toujours attaquer par des preuves les faits qu'on suppose exister et sur l'existence desquels seulement est fondée la présomption.

La loi italienne, après la réserve sur la preuve contraire, n'en fait d'autres, ayant voulu — par de bonnes raisons, croyons-nous[1] — renoncer à l'autre réserve, contenue dans le Code Napoléon (art. 1352 II): « et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires ». Sans nous étendre sur la longue controverse, soulevée par ces mots, nous dirons que, bien que toutes les présomptions *iuris et de iure* soient établies pour de graves motifs de nécessité sociale (sur cela nous tombons d'accord avec M. Ramponi), il faut toutefois faire une distinction entre les présomptions qui visent plus proprement à l'ordre public (celle de la vérité de la chose jugée, par exemple), et celles qui,

1. V. Ramponi, 1, pp. 195 et suiv.

tout étant fondées sur des motifs d'ordre public (en entendant très largement cette expression), visent plutôt aux intérêts des particuliers. Le serment et l'aveu judiciaires sont admissibles dans ce deuxième cas. En d'autres mots, pourvu qu'il ne s'agisse d'une présomption d'ordre public, la personne, en faveur de laquelle la présomption est établie, est libre d'y renoncer par son serment ou par son aveu. C'est-à-dire que, même lorsque l'usage des preuves normales est empêché, est admise, selon le droit français, « la possibilité d'user du serment ou de l'aveu pour faire tomber la présomption légale[1] ».

Nous venons de dire que l'autorité de la chose jugée est une présomption *iuris et de iure,* c'est-à-dire qu'elle n'admet point de preuve contraire. Visant à l'ordre public, elle n'admet pas même le serment et l'aveu, qui, en droit français, sont admis contre toute autre présomption, même absolue. Les auteurs nous disent que la présomption de vérité, attachée à la chose jugée, est relative jusqu'à ce que la sentence soit susceptible d'un remède; elle devient absolue, lorsque aucun remède, ni ordinaire, ni extraordinaire, n'est plus possible. Pour qu'on puisse invoquer l'exception de chose jugée, qui dénie l'action en justice, il faut qu'il y ait — nous dit-on — le concours de ces conditions : identité de l'objet de la demande (eadem res), identité de la cause (eadem res petendi), identité des personnes et de leurs conditions dans le procès (eadem conditio personarum[2]). Mais — tout

1. Planiol, T. II, p. 17.
2. V. Ramponi, 1, pp. 244-245.

en répétant ce qui a été dit par les auteurs qui parlent de la présomption légale de la chose jugée, — un doute préliminaire reste possible : malgré ce que nous disent la loi, ses interprètes et ses commentateurs, l'autorité de la chose jugée est-elle vraiment une présomption?

M. Chiovenda l'affirme, et professe qu'elle « trouve sa justification sociale et politique dans une véritable présomption en sens logique, dans la *normale* certitude des citoyens que l'arrêt du juge est conforme à justice[1] ». Ferrini, au contraire, dit que « la *res iudicata* doit être totalement exclue des présomptions » et que les Romains ne la considéraient point comme telle. Res iudicata ius facit *inter partes*. « Si la loi présumait vraie la chose jugée, quiconque pourrait l'invoquer[2]. » Elle n'est pas une présomption, dit Savigny; l'institution de la force légale de la chose jugée n'est qu'une *fiction de la vérité*. Entre les deux dangers, de conserver un arrêt erroné ou injuste, et d'une incertitude sans limite des rapports juridiques et patrimoniaux, depuis les temps anciens et chez différents peuples, on a considéré comme plus grand le deuxième : c'est une question de politique juridique[3]. Une « fiction nécessaire » est appelée la vérité de la chose jugée par M. Mortara[4]. Non — dit M. Bülow — elle n'est pas une fiction[5].

Nous partageons l'avis de ce dernier : l'autorité

1. Chiovenda, 1, p. 101 note.
2. Ferrini, 1, p. 568.
3. V. Savigny, 1, Vol. VI, pp. 286, 287-288, 291, 296 (§§ 280, 281).
4. V. Mortara, Vol. II, p. 547 note.
5. V. Bülow, pp. 92-93, 95-96.

de la chose jugée, lorsqu'elle est devenue irrétractable, ne repose point sur une fiction. Car, s'il y a maints arrêts des tribunaux, qui ne correspondent pas, malheureusement, à la vérité et ne rendent point justice, ce serait une méfiance excessive contre les magistrats que de retenir toute sentence comme ne correspondant pas à la vérité, et, par conséquent, de retenir comme une *fiction* (dans le sens usuel de ce mot) l'autorité de la chose jugée.

Dans les paroles de la loi, qui fondent l'autorité de la chose jugée sur une *præsumptio iuris et de iure,* nous voyons plutôt... une pudeur verbale du législateur. Il n'a pas eu le courage de dire que la chose jugée *est* une vérité, d'exprimer cette idée dans la forme plus expressément impérative ; il s'est borné à la dire une présomption *juris et de jure,* car très probablement elle répond à la vérité, ou, même si elle ne répond pas à la vérité, des nécessités sociales imposent, toutefois, de la retenir comme telle. Des nécessités sociales, avons-nous dit ; des nécessités indispensables à l'existence et à la stabilité de l'ordre juridique, qui ne pourrait pas durer, si on répétait à l'infini les mêmes contestations entre les mêmes personnes. « La chose jugée — dit M. Aron — est un principe supérieur d'ordre social ; il est nécessaire à l'existence de toute société[1]. » Et M. Mortara dit que la stabilité des jugements est nécessaire à la conservation de l'ordre juridique : c'est un point sur lequel le juriste peut tomber d'accord avec le législateur, sans qu'on ferme la porte à des recherches plus soucieuses

1. Aron, pp. 510-511 note.

de la justice et de la vérité, lorsque de graves circonstances donnent une impulsion pour les essayer de nouveau[1]. D'après les anciens textes romains, la convenance de prêter foi aux jugements était justifiée comme une raison d'utilité publique : « quoniam pro utilitate publica rebus iudicatis stare conveniat », et Cicéron disait : « re iudicata stari oportere[2] ». La chose jugée est dite, par un ancien Glossateur, « unus inter humanas procellas portus, quem si homines præterierint, in undosis semper iurgiis errabunt ». Pour M. Giorgi, qui rappelle ce dicton, toute présomption légale — comme nous avons vu — est une fiction. Mais la chose jugée ne peut prendre place parmi les fictions, « parce que la vraie raison de son efficacité ne repose pas sur la présomption de sa justice, mais sur la nécessité de trancher un différend[3] ».

C'est — en somme — une raison d'utilité publique, une raison d'économie dans la tutelle du droit qui impose de considérer comme vraie la chose jugée. Si elle revêt la forme d'une présomption *juris et de jure*, nous ne devons pas être dupes des mots : la forme verbale de présomption *juris et de jure* ne représente qu'un moment dans l'évolution de la règle, qui impose — et, peut-être, dans de futures législations, imposera tout court — de ne point rouvrir des procédés, qui ont été déjà jugés d'une façon irrévocable.

D'ailleurs, c'est précisément la forme, sous laquelle des préceptes juridiques sont présentés, qui a induit en erreur tant d'écrivains, qui ont cru voir des pré-

1. V. Mortara, Vol. I, p. 545 note.
2. V. Ferrini, 1, p. 568 et note.
3. Giorgi, pp. 565-566.

somptions et des fictions là où il n'y en avait pas.

M. Bülow a fait justice d'une foule de ces prétendues fictions dans la procédure, qui étaient retenues comme telles par ceux qui voulaient qu'il y eût un devoir de défense dans le défendeur, un devoir de confession des faits, un devoir de reconnaître les documents, un devoir de prêter le serment, etc., tandis qu'il s'agit ici — démontre-t-il — de droits, non de devoirs processuels. Ni le demandeur ni le défendeur n'est obligé à aucune action. Les droits processuels, comme tous les autres, ont des limites de temps : qui les laisse passer, perd ses droits. Rien de plus, dit M. Bülow[1].

Revenons aux présomptions. Nous avons dit que les présomptions, en général, ne sont que des conséquences que la loi tire de certaines conditions de fait. Et nous avons dit, à propos de la chose jugée, que des nécessités sociales imposent de la considérer comme vraie. Cette considération peut être appliquée, sauf quelques réserves, à toute présomption établie par la loi : ou, pour mieux dire, c'est tantôt pour des nécessités sociales, ou pour des conditions indispensables de l'ordre juridique, et tantôt pour de simples raisons, sous-entendues, d'utilité privée ou publique, que la loi établit telle ou telle autre présomption, c'est-à-dire dispense de la preuve en tel cas, interdit toute preuve ou limite la preuve en tels autres.

Les vieux docteurs distinguaient les présomptions en présomptions très graves ou très fortes ou très violentes, simplement fortes ou graves ou probables ou

1. V. Bülow, *passim*, et par exemple, pp. 22, 30-31, 37, 48, 61.

vraisemblables, faibles ou légères ou passagères, et même très légères ou téméraires. On ajoutait encore les présomptions nécessaires qui n'étaient que les très fortes. « Si exhibeo instrumentum — disait Menochius — hic Patavii inter me et te confectum, die 10. Septembris, inde necessario fiet, me ea die 10. Septembris Romæ non fuisse » (aujourd'hui, il faudrait ajouter, à la même heure) « cum ob maximam locorum distantiam fieri non possit, ut eadem die esse potuerim utroque in loco. Hoc etenim miraculose, non autem natura effici potest[1] ».

On a raisonnablement rejeté cette division, qui était tout empirique et n'avait rien de scientifique. Mais, dans un sens bien différent de celui employé par les vieux docteurs, on pourrait encore faire — sous un autre point de vue — la distinction entre présomptions *nécessaires* et *utiles* : nécessaires, disons-nous, à l'existence de l'ordre juridique, et simplement utiles, c'est-à-dire d'une utilité plutôt particulière que généra e.

Nous n'insistons point sur cette distinction. Mais nous aimons à remarquer que la présomption de vérité de la chose jugée serait une de ces présomptions, que nous voudrions appeler nécessaires. Dans le même sens, on peut dire que c'est une présomption nécessaire, *juris et de jure* (ne répondant malheureusement pas, en maints cas, à la vérité, elle touche de près aux

1. MENOCHIUS, Lib. I, Qu. III, 4. Tome I, p. 5. V. aussi RAMPONI, 1, pp. 13 et 14. Les trois *principales regulæ* des présomptions, sur lesquelles s'appuie ALCIAT dans son traité, sont les suivantes : I. « quod qualitas quæ naturaliter inest homini, semper adesse præsumitur. » II. « quod mutatio non præsumatur. » III. « quod semper sit præsumptio in meliorem partem. » (pp. 34, 143, 237).

fictions), celle de la connaissance de la loi, en vertu de laquelle nul n'est censé ignorer la loi pénale. Ce seraient encore des présomptions de ce genre, quoiqu'elles ne soient que des présomptions *juris tantum*, la présomption de la bonne foi dans la possession, car la bonne foi est essentielle à l'existence de la société et de l'ordre juridique, et la présomption de la cause des contrats. Nous ne verrions, au contraire, que des présomptions purement utiles, c'est-à-dire fondées plutôt sur l'utilité privée ou publique que sur des nécessités de l'ordre juridique, dans celle de la force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment; dans celle sur les personnes interposées, par moyen desquelles on veut bénéficier des incapables; dans la présomption de fraude des créanciers attachée à tels actes de celui qui a fait faillite; dans les présomptions relatives à la propriété commune ou exclusive des murs, fossés, haies, arbres, constructions, plantations; dans la présomption de communauté des biens meubles entre époux, dans celle sur la reconduction tacite, dans la présomption d'absence, de paternité et de conception légitime, dans la présomption sur la vente conditionnelle, sur la gratuité du mandat, sur la libération d'une obligation, sur la simultanéité de la mort, etc.

Il est clair que nous ne faisons pas une séparation nette entre les présomptions, que nous voudrions appeler nécessaires, et les autres, qui seraient simplement utiles. Dans certains cas, l'utilité de conserver un tel état de fait ou de protéger par exemple la famille légitime est si forte, qu'elle touche de très près à l'ordre public. Mais toutefois elle ne paraît point

absolument nécessaire à la stabilité de l'ordre juridique, comme est, par exemple, la présomption de vérité de la chose jugée ou celle de la connaissance de la loi.

En peu de mots nous pouvons conclure ce paragraphe.

Les présomptions ne sont point une véritable institution juridique : elles sont ou des inductions que le magistrat tire de certains faits, sur lesquels on n'a pas eu une pleine preuve, ou des conséquences que la loi attache à telles conditions de fait, tantôt pour des nécessités de l'ordre juridique et de l'ordre public, tantôt pour une simple utilité privée ou publique : et cela pour obtenir ou pour définir plus économiquement la tutelle du droit. Elles ne représentent point une négation de la vérité, de la réalité; mais seulement un détour, un moindre effort en faveur des parties ou du magistrat pour la tutelle du droit.

21. Bien que dans certains cas le résultat pratique des présomptions et fictions soit identique — dans les cas où la preuve du contraire est interdite, cas dans lesquels, même si le fait qu'on présume est faux, on est empêché de démontrer cette fausseté — en général la présomption se fonde sur une probabilité, sur une vérité probable ou au moins possible, tandis que la fiction se fonde sur ce qui n'est absolument pas vrai : c'est sciemment un faux. Si le but de la vie est la vérité, toute fiction ne serait-elle pas immorale? toute fiction ne constituerait-elle un cas de conflit entre le droit et l'éthique?

Le problème de la fiction est assez complexe.

D'abord, on doit répéter ce qu'on a dit à propos des présomptions. Comme il ne faut pas voir des présomptions juridiques partout, ainsi ne faut-il pas voir des fictions juridiques partout ; il ne faut pas — comme le dit Glück — « *feindre les fictions*[1] ». M. Guyot dit que la fiction « se rencontre dans tous les problèmes juridiques, elle intervient dons toutes les controverses ; elle est invoquée dans toutes les difficultés[2] ». Si on l'invoque, on ne l'invoque pas à propos. Ici, comme à propos des présomptions, se retrouve le même équivoque, de confondre ce qu'il y a de présomptif et de fictif dans la construction totale de l'ordre juridique, qui n'est — nous l'avons vu — qu'un des aspects du fait social, ou, pour mieux dire, qu'une interprétation particulière du phénomène social, attachant tout naturellement certaines conséquences à certains faits, un *procès de réduction* — pour ainsi dire — des faits sociaux, et les présomptions et fictions juridiques proprement dites.

Nous ne pouvons que nous associer aux savantes critiques que nous avons déjà citées, faites par M. Bülow, des prétendues fictions de la procédure civile — fictions, qu'on supposait telles seulement par défaut d'interprétation des règles juridiques sur le procès. M. Bülow démontre que cette interprétation fausse la vraie nature du procès civil[3]. Dans le même écrit M. Bülow rattache cet argument des fictions aux aides, que la fantaisie apporte au droit[4]. Comme le

1. Glück, p. 220.
2. Guyot, p. 419.
3. V. Bülow, p. 49.
4. *Id.*, p. 3.

dit M. Dernburg dans un discours bien connu, sur la *fantaisie dans le droit,* où pourtant il ne s'occupe pas des fictions[1], « la fantaisie est le fondement de tout droit; elle est l'élément vivifiant à l'aide duquel il subsiste[2] ». En effet, si, par moyen des fictions, on imagine, on suppose un fait qui n'existe pas, et on lui attache des conséquences juridiques, celui-ci n'est qu'un moyen offert aux juristes par la « fantaisie » : un jeu d'imagination. C'est justement dans le droit ancien, dans les époques primitives d'évolution du droit, dans ces époques, où, comme nous disent les psychologues et les sociologues, l'imagination est la reine des esprits, que les fictions naissent et jouent leur rôle le plus important. Et il est fort curieux d'observer que les fictions, que nous interprétons comme une application du principe du moindre effort au monde juridique, se révèlent, dans leur première apparence, comme un aspect du complexe symbolisme juridique-religieux de l'ancien droit.

Maine conçoit les fictions, tout ensemble avec les considérations d'équité et la législation, comme les trois moyens par lesquels le droit s'harmonise avec les besoins sociaux[3]. Cela n'exclut point que les fictions aient eu leur naissance parmi les cérémonies, les institutions religieuses.

Demelius a savamment soutenu que la première origine des fictions — même des fictions juridiques — doit être cherchée dans le vieux dicton des pontifes romains : *in sacris simulata pro veris accipiuntur.* La fic-

1. V. seulement, sur les symboles, DERNBURG, pp. 16-17.
2. *Id.*, p. 9.
3. V. SUMNER MAINE, 1, pp. 21 et suiv.

tion du sacrifice, qui en Grèce était conçue comme un essai ingénu d'éviter la rancune des dieux, en leur insinuant la conviction des bonnes intentions de l'auteur du sacrifice, à Rome se présente comme une pensée absolument générale, revêtue d'une forme théorique. Dès que la fiction du sacrifice devint un précepte du droit sacral, la pensée que les dieux étaient contents lorsque le devoir envers eux s'accomplissait à la lettre, fit son entrée. La divinité était comparée à un créancier. Le même symbolisme, consistant en règles et fictions analogues, dominait toutes les branches des diverses disciplines politiques. De là tirèrent leur origine les fictions des *auspicia repetere*, des féciaux, du *flamen dialis*. D'abord, envoyait-on à Rome, lorsque la guerre semblait précipiter, le commandant suprême à répéter les auspices ; mais lorsque les guerres se firent trop loin de Rome, on admit, par fiction, qu'une petite zone du terrain de la province fût *ager Romanus;* et ainsi on put « in agro Romano auspicia repetere »; ce qu'était — dit Demelius — le taureau de cire pour le sacrifice, était l'*ager Romanus* dans la province pour les auspices. De même, pour la déclaration de guerre faite par les féciaux, on feignait un *ager hostilis* artificiel, devant lequel on accomplissait la fonction religieuse des féciaux, qui devaient jeter l'*hasta ferrata* ou *sanguinea præusta* au delà des frontières de l'ennemi. Du droit sacral on passa au droit public vrai et propre, lorsque le Sénat, les pontifes entendus, vu qu'un *flamen dialis* élu édile ne pouvait prêter serment comme *flamen dialis,* consentit à ce qu'il prêtât serment par moyen d'une personne interposée. Mais on a une application encore plus importante de

la fiction en droit privé, avec l'*adrogatio*[1] : on admit que la famille continuât d'une façon artificielle, afin qu'elle pût encore accomplir ses devoirs envers les dieux. Ainsi, non seulement *in sacris*, mais *in iure, simulata pro veris accipiuntur*[2].

Ihering rejette la thèse de Demelius; il ne croit pas que la fiction soit née, à Rome, sur le terrain de la religion; elle n'est, selon lui, qu'un « *mensonge technique consacré par la nécessité*[3] ». Il rattache les *fictions* aux *actes apparents*, affirmant que les fictions « souvent ne sont que le caput mortuum d'actes apparents plus anciens[4] ». Ihering voit dans la fiction une ruse de la jurisprudence romaine intermède, atteignant le même but, auquel la jurisprudence antique visait « grâce au moyen primitif de l'acte apparent », et la jurisprudence classique « en s'inspirant de la forme plus élevée, couronne de l'édifice juridique : l'extension analogique[5] ». Les fictions ne sont pas un phénomène propre à Rome seule : « on les rencontre partout à certaine phase de la civilisation[6] ».

Rien n'est plus vrai. Il est possible qu'à Rome la *fictio iuris* n'ait pas eu une origine religieuse, comme soutenait Demelius. Nous laissons aux techniciens du droit romain cette grave question historique. Néan-

1. Ihering nie qu'il s'agisse d'une fiction; il dit que « c'était une assimilation, et toute assimilation n'est pas une fiction. » (2, § 68, vol. IV, p. 297). Mais, comme nous allons voir dans le texte, Ihering s'oppose à toute la thèse de Demelius.

2. V. Demelius, pp. 17 et suiv.

3. Ihering, 2, § 68, Vol. IV, p. 296.

4. *Id.*, *ibid* , § 46. Vol. III, p. 74. V. aussi § 68, Vol. IV, p. 299.

5. *Id* , *ibid.*, § 68. Vol. IV, p. 301.

6. *Id.*, *ibid.*, p. 280.

moins, nous ne pouvons nous empêcher d'observer que la raison logique, sur laquelle Ihering s'appuie, nous semble ne pas tenir. Il écrit : « ...personne ne niera que le droit profane ne fut bien plus accessible au *progrès* que le droit ecclésiastique; dès lors, si l'un des deux a le premier perfectionné ses formes propres, ce ne peut avoir été que le droit profane[1]. » La *fictio*, fut-elle née ou non, à Rome ou ailleurs, sur le terrain religieux, a pourtant toujours, dans les droits anciens, ce caractère de concilier le symbolisme légal avec le principe du moindre effort : elle représente le détour, que la pensée conseillait et la pratique accomplissait, pour accorder le respect presque religieux envers les règles (qu'elles fussent de droit sacré ou profane, cela importe peu) avec les nécessités de la vie. Un mensonge technique? soit; mais, sinon né sur le terrain religieux, au moins, psychologiquement, d'une nature à peu près religieuse. En effet, il n'y a pas à s'étonner si, lorsque la validité de tels négoces juridiques était étroitement liée à l'accomplissement rigoureux de telles formes, le moindre effort semblait le respect des mots avec le détour et l'amplification de leur contenu. Le tort de Ihering est, selon nous, celui de croire que le caractère de moindre effort, propre de la fiction, soit en contraste avec le caractère d'immobilité, propre du symbolisme juridique-religieux; tandis que c'est dans leur accord, à notre avis, qu'il faut voir peut-être l'origine, et certainement le cachet, le secret de l'ancienne *fictio iuris*.

Même si nous voulons nous passer de la *fictio*

1. IHERING, *ibid.*

postliminii ou *fictio legis Corneliæ,* sur laquelle on dispute parmi les romanistes, on peut rappeler le rôle, bien connu d'ailleurs, qu'a joué la fiction dans la procédure du préteur romain. Si le droit romain a pu évoluer si puissamment, et si, peu à peu, il s'est étendu à tant de peuples, on peut dire qu'une partie remarquable de cette évolution est due aux fictions, par le moyen desquelles le préteur admettait des *actiones* d'étrangers ou contre des étrangers, en les considérant, artificiellement, comme des *cives romani.* Pour le préteur romain, dit M. Duméril, « aller directement à l'encontre de la loi était périlleux; l'appliquer dans toute sa rigueur, regrettable. Le préteur la respecta en la tournant, comme un personnage de la comédie moderne[1] ».

Ihering compare les fictions à des béquilles, qui auraient fait marcher le droit. « Mais — ajoute-t-il — mieux vaut encore que la science marche à l'aide de ces béquilles, que de succomber sans cet appui, ou de n'oser risquer un seul mouvement[2]. » Plus exactement, Maine dit qu' « avec les fictions, la règle de droit n'est plus que l'écorce et comme la coquille qui contient le droit nouveau caché sous l'enveloppe d'un vieux droit miné par le temps[3] ».

Ceux qui méprisent les fictions juridiques, ne pensent pas que les sciences ont fait et font toujours des progrès avec l'aide de procédés analogues. Lorsqu'on risque une hypothèse et qu'on interroge la nature selon les données indiquées par cette hypothèse, on

1. Duméril, p. 537.
2. Ihering, 2, § 68. Vol. IV, p. 296.
3. Sumner Maine, 1, pp. 27-28.

ne fait que feindre vérifié tel fait qui est encore *sub judice*. Lorsqu'on simplifie, pour commodité d'étude, la nature ou la conscience, lorsqu'on parle d'une loi de la mécanique ou des intérêts de l'*homo œconomicus*, on ne fait que feindre comme non existants telles autres conditions d'interférence, qui pourtant influencent la réalité. La *fictio iuris*, qui suppose comme vrai ce qui ne l'est pas, est un procédé intellectuel qui, au point de vue logique, ne diffère pas beaucoup de ces procédés des sciences[1]. On peut se délivrer de la *fictio* dès qu'on peut construire une règle juridique nouvelle, comme les sciences peuvent abattre l'armure des hypothèses dès qu'on a bâti le nouvel édifice d'une théorie. Mais la *fictio* a déjà joué son rôle ; elle a réglé, elle a fait entrer sous l'empire des règles juridiques de nouveaux faits, d'une façon qui ne choquât pas trop les habitudes pratiques et intellectuelles. Richey a nommé les fictions des « interprétations extensives » ; et Ihering approuve, disant qu' « il avait frappé juste d'un seul mot[2] ». Et Savigny caractérisait ainsi le concept de la *fictio* : « Une nouvelle forme juridique, qui vient de naître, est rattachée immédiatement à une forme ancienne persistante, en lui empruntant la précision et le perfectionnement. Tel est le concept de la fiction, d'une si grande importance pour l'évolution du droit romain et souvent méconnu à un point ridicule par les modernes[3]. »

L'ordre juridique, de même qu'il a sa propre lo-

1. V. Bierling, **1**, II. Th., pp. 89-90.
2. Ihering, **2**, § 68, Vol. IV, p. 294 note.
3. Savigny, **2**, p. 32.

gique, qui est un système de conditions qui le régit, a une force de conservation, qui défie le temps. Les institutions juridiques ne se transforment pas facilement. Ce n'est pas un effet de l'opiniâtreté des juristes; c'est un effet, tout naturel, de l'esprit de conservation du droit — qui devient, quelquefois, sa faute, mais qui est aussi sa force, sa gloire — si les institutions juridiques ne s'adaptent que lentement à l'évolution incessante de la vie. Avant de se laisser transformer de fond en comble, le droit cherche des accommodements avec la réalité, en y appliquant — quelquefois de force — ses règles anciennes : les fictions ne sont qu'un exemple de cette adaptation des institutions juridiques, fixes dans leur forme, à la vie, qui est toujours mouvante et mouvementée.

Pour Grotius les fictions sont *iuris civilis*, non *iuris naturalis*[1]. Beaucoup mieux, Vico, dans un de ses éclairs, a vu le rôle complexe de la *fictio iuris*, accord — pour ainsi dire — du *ius civile* et du *ius naturale*, lorsqu'il a affirmé que, sous l'écorce des fictions, par le moyen desquelles le préteur romain garantissait le *certum* du droit civil, émergeait le *verum* du droit naturel[2], de ce droit éternel qui marche dans le temps. Cela signifie que les *fictions* du droit romain atteignaient ce double but : assurer le respect pour le droit existant, et pourvoir aux besoins de l'évolution juridique et sociale.

Dans un droit moderne, qui, n'ayant pas de codes, a un point de contact avec le droit romain — à savoir,

1. Grotius, Lib. II, Cap. IV, § X, 3. T. II, p. 169.
2. V. Vico, *De univ. juris uno principio et fine uno*, CLXXXI-CLXXXII (*Op.*, III, pp. 146-147).

le droit anglais — l'empire des fictions est encore assez étendu. Nous nous bornerons à rappeler, avec M. Duméril, qu'après le démembrement de l'ancienne *aula regis*, la Cour du Banc du Roi n'avait que la juridiction criminelle, les actions civiles étant devenues le domaine de celle des Plaids communs. Exceptionnellement, elle avait conservé juridiction sur les actions civiles en dommages dérivées de crime ou délit, et sur les affaires concernant des personnes qui se trouvaient dans les prisons de la Couronne. « On supposa alors, dans les actions soit réelles, soit personnelles, que le défendeur était dans les dites prisons et qu'il avait commis un délit, bien qu'on sût parfaitement qu'il n'en était rien. » Ainsi, la Cour de l'Échiquier ne pouvait juger des affaires de compétence de la Cour des Plaids communs ; mais la première avait juridiction sur des affaires qui intéressaient la Couronne ; pour porter devant elle une affaire civile ordinaire « on prit l'habitude de supposer que le demandeur était un débiteur du roi, et d'alléguer qu'ayant reçu du défendeur un dommage, il était devenu moins apte à s'acquitter envers le roi. De là intérêt de la Couronne au succès de l'action et compétence de la Cour de l'Échiquier. » M. Duméril rappelle encore « la supposition de l'invention dans l'action *of trover*, et, avant tout, le prétendu bail à ferme consenti à John Doe et la prétendue expulsion de ce dernier par Richard Roe (*action of ejectment*), John Doe et Richard Roe n'ayant aucune existence réelle[1] ». Sur les traces de

1. Duméril, pp. 538 et 539. M. Bullen écrit, à propos du dernier procédé rappelé dans le texte : « These proceedings, it would seem, were originally adopted when the forms of action for recovery of

M. Duméril nous pouvons encore faire mention de la fiction du droit constitutionnel anglais, par laquelle « le *woolsack*, où siège le lord chancelier quand il préside la Chambre des pairs, est réputé en dehors de cette Chambre; le lord chancelier doit se lever et le quitter quand il veut s'adresser aux pairs[1] ». Le droit constitutionnel est, d'ailleurs, dans tout système juridique, un champ très fécond de fictions.

Mais non seulement dans les pays qui n'ont point de Codes, ni dans ces branches, qui, étant liées au pouvoir politique, ressentent le plus l'influence des formes, mais aussi dans les Codes modernes, et même dans les Codes de droit privé, nous trouvons une foule de fictions. M. Guyot écrit : «Le rôle de l'idée de fiction, considérable dans l'élaboration du droit romain, nous apparaît important encore dans notre droit civil moderne. C'est à cette idée qu'on a recours pour justifier la personnalité morale; c'est à elle qu'on songe, dans la théorie générale des contrats, pour rendre compte de la rétroactivité de la condition; c'est sur elle que repose, dans l'étude des régimes matrimoniaux, le mandat tacite de la femme mariée. Fiction dans la survivance de la société pour les besoins de sa liquidation; fiction dans les effets de la subrogation réelle; fiction encore dans les conséquences de la représentation[2]. » Et M. Bernhöft, dans une étude tout récente de droit civil allemand, découvre quantité de

land by persons having a freehold estate presented such difficulties that it was desirable to sue in the name of a lessee as on a chattel interest. » (p. 336.)

1. Duméril, pp. 452-453 note.
2. Guyot, pp. 418-419.

fictions dans le nouveau Code civil allemand de 1900[1].

La fiction juridique est-elle destinée à s'effacer de l'ordre juridique avec le progrès de l'esprit humain qui doit se dégager du formalisme? M. Guyot le croit et l'espère. Nous pouvons le désirer avec lui, ou, au moins, pouvons-nous souhaiter que la *fictio,* cette *falsitas pro veritate accepta,* ne soit vraiment admise — comme disait Baldus — que *ex specialissima et justissima causa*[2]. Mais nous devons,toutefois, remarquer que la fiction est, pour le législateur, une aide technique, bien que dangereuse, quelquefois indispensable[3], et que la fiction, qui, *prima facie,* semble être une trouvaille de la paresse intellectuelle, car elle fait entrer des faits nouveaux dans de vieilles catégories, est, en dernière analyse, un procédé d'extension de l'empire des règles juridiques, et pour cela, tout ensemble, un moyen de conservation des règles existantes, mais aussi une impulsion au progrès du droit. Il faut, donc, ne pas oublier le rôle que la fiction juridique a rempli et peut encore remplir; et — dirons-nous avec Maine — « décrier *les fictions* comme frauduleuses, *ce serait* montrer qu'on ignore leur fonction dans le développement historique du droit[4] ».

1. V. Bernhöft, p. 243.
2. V. Barassi, 1, p. 118.
3. V. Bernhöft, p. 246.
4. Sumner Maine, 1, p. 27.

CHAPITRE IV

LE CÔTÉ OBJECTIF ET LE CÔTÉ SUBJECTIF DU DROIT

22. *Les deux côtés du droit et leurs différents aspects.* — **23**. *La règle juridique : sa forme, son contenu, sa valeur.* — **24**. *Droit et volonté, droit et intérêt, droit et liberté.* — **25**. *Tutelle, prétention, action.* — **26**. *La sanction et les fondements de la responsabilité pénale et civile.* — **27**. *L'ordre juridique comme système d'obligations.*

22. Gustave Rümelin déplore, dans un de ses essais, qu'on exprime, par le même mot, deux concepts aussi différents que le droit objectif et le droit subjectif (« un devoir et un pouvoir, une contrainte et un champ de libre élection, un ordre et une liberté ») et il ajoute qu'il est impossible de les comprendre dans une définition, le droit objectif étant le concept primaire et le droit subjectif seulement un concept dérivé[1].

1. V. Rümelin, 2, partic. 322-323.

Un maître français du droit public, M. Duguit, va encore plus loin. S'associant à Auguste Comte, il dit que la notion de droit subjectif est « une notion d'ordre métaphysique, qui ne doit pas avoir sa place dans l'organisation positive des sociétés modernes », et il nie « à la fois le droit subjectif de l'État et le droit subjectif de l'individu[1] ».

Une philosophie vraiment réaliste du droit, qui fait propre le dicton romain — *ex facto oritur ius* — voit ici beaucoup de problèmes, non sans des malentendus qu'elle doit s'efforcer de dissiper. Elle souscrit, d'abord, à la condamnation des droits subjectifs individuels, conçus comme indépendants et antérieurs à toute règle sociale. Sans méconnaître, en effet, la valeur de cette idée dans l'histoire politique, valeur qui lui est de bon gré reconnue même par ses critiques[2], elle y voit, non seulement une conception surannée, ce qui en philosophie aurait peu d'importance, mais plutôt un concept illogique, s'il n'a pas le complément nécessaire de l'autre terme de la relation juridique. Mais elle ne peut à moins de concéder que la souveraineté, conçue comme une « autorité, qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente, quant aux rapports qu'elle régit[3] », comme « une volonté qui ne puisse être juridiquement limitée par une autre puissance quelconque[4] », cette souveraineté, droit subjectif suprême de l'État, dont la fonction législative est l'expression la plus

1. V. Duguit, 1, pp. 17, 4, 5.
2. V., par exemple, Duguit, 2, pp. 13-14, 142-143.
3. Esmein, p. 1.
4. Jellinek, 1, p. 467.

parfaite, est une *proles sine matre creata*, de même que le droit subjectif de l'individu.

Tout en admettant, avec Spinoza, « jus unius cujusque eo usque se extendere, quousque ejus determinata potentia se extendit[1] », la philosophie réaliste doit dire que la *potentia* de l'individu ou de l'État est un fait, mais n'est pas encore un droit. Les théories des droits subjectifs individuels ou étatiques, dont nous venons de parler, s'arrêtent, dans leur conception de la vie sociale, au point de vue de l'*ego;* tandis que, comme nous avons dit dans les chapitres précédents, la conception juridique résulte essentiellement du rapport entre l'*ego* et l'*alter*, qui aboutit au point de vue du *socius*. Ce que Fichte écrit sur le concept de l'individualité — à savoir, qu'il est « un *concept réciproque*[2] » — peut être appliqué exactement au concept du droit. Droit est relation, ou il n'est rien du tout.

Avant cette relation il n'y a que la force, aussi bien celle de l'individu, que celle de l'État. « L'État, c'est la force matérielle »; « les gouvernants sont ceux qui monopolisent la force » — nous répète M. Duguit[3]. Soit. Et si la pratique et la science du droit peuvent s'arrêter à l'État comme source du droit, une philosophie réaliste doit compléter la notion juridique de l'État avec l'étude, qu'on peut dire sociologique (bien que dans un sens différent de celui que nous avons attribué à ce mot), des postulats, des forces intimes

1. Spinoza, *Tract. theol.-polit.*, Cap. XVI (*Op.*, II, p. 121); Cf. *Tract. polit.*, Cap. II, § IV (*Op.*, I, p. 272).
2. Fichte, I, p. 43.
3. Duguit, 2, p. 15; 1, p. 78.

génératrices du rapport étatique[1]. Ainsi conçu, l'État peut être appelé, d'une façon très générale, l'exposant politique de la société; et la souveraineté n'est que l'expression de la force qui prévaut dans cette même société. Mais cette force est un fait, comme est un fait la force individuelle, ou le besoin de l'individu, qui demande à être garanti et satisfait.

Comment, donc, ces deux faits peuvent-ils se transformer en deux droits, le droit de l'État et le droit de l'individu?

M. Duguit ne résout pas le problème : il le dépasse (et il est même infidèle à son réalisme) lorsque, niant à la fois ces deux droits, il les réduit à deux situations de fait, qui ne sont juridiques que si elles sont conformes à la règle de droit, qui « existe, non seulement avant que la contrainte, destinée à la sanctionner, soit organisée, mais avant même que l'homme en ait conscience, par cela seul que les hommes vivent en société[2] ». Qu'est-elle, cette règle de droit, qui plane au-dessus des individus et de l'État? Elle est « essentiellement connexe et dépendante de la solidarité sociale[3] », qui « est un fait[4] ».

Nous aussi, nous avons conçu le droit comme un reflet immédiat de la vie sociale; mais en raison même de l'analogie que présentent nos idées avec celles de M. Duguit, nous devons marquer les points sur lesquels nous ne pouvons pas tomber d'accord avec lui. En effet, le réalisme de M. Duguit (qui est plutôt un

1. V. Forti, pp. 86-87.
2. Duguit, 2, p. 114.
3. *Ibid.*, p. 90.
4. *Ibid.*, p. 23.

nominalisme) nous paraît n'être qu'un réalisme à demi.

Si la solidarité est un *fait*, elle n'est qu'un fait de conscience; le fait extérieur n'est que la coexistence de plusieurs individus. C'est sur cette distinction que nous semble n'avoir pas assez insisté M. Duguit. Et c'est sur ce point que notre théorie se sépare de la sienne.

L'idée de droit, que nous avons essayé d'éclaircir dans le Chapitre I, est, au fond, analogue à ce que M. Duguit appelle la solidarité sociale. Mais l'idée de droit, ou la solidarité, est un fait psychologique, est le reflet de la coexistence humaine; elle n'est pas cette coexistence, ce fait. Le miroir n'est pas la chose qu'il reflète.

Le concept d'ordre juridique, auquel nous avons abouti dans le Chapitre II, est aussi analogue au concept de la règle de droit, dont M. Duguit s'est fait le savant et subtil défenseur[1]. Mais cet ordre juridique, nous ne l'avons pas identifié avec le fait de la vie sociale; nous l'avons conçu comme un système d'appréciations, c'est-à-dire de réactions des consciences. C'est de la vie sociale qu'il dérive, mais c'est dans les consciences humaines qu'il a son siège.

Or, si la règle de droit est, au fond, un fait de conscience, comment pourrait-on dire qu'elle « existait avant que les hommes en eussent conscience[2] »? Et ne vient-on à effacer tout caractère *pratique* de différen-

1. Duguit, v. surtout 2, pp. 16-18.

2. *Id.*, 2, p. 115. « Cela, il est vrai — se hâte d'ajouter M. Duguit, en faisant une précieuse confession — est plus théorique que pratique et étranger à la méthode réaliste. Aussi nous n'insistons pas. »

ciation entre les règles de droit et les règles morales, lorsqu'on écrit que telles règles, celle par exemple, qui impose à l'État le devoir d'assistance, « ne sont obligatoires pour les hommes que parce qu'ils vivent en société, parce que les sociétés ont à une époque donnée certains besoins. Précisément pour cela, elles sont des règles de droit, et nous ne comprendrions point que, ne l'étant pas, elles puissent le devenir, parce qu'il plairait à quelques individus plus forts que les autres de leur donner ce caractère; elles deviendront alors des règles de droit *étatiques;* mais elles étaient et elles restent des règles de droit[1] ».

Une règle de droit impose des devoirs et autorise des prétentions, ou n'est rien. Nous nous corrigeons : elle est — cette règle, supérieure à tout droit positif — une traduction moderne de l'idée du droit naturel; mais, certes, elles n'est pas le fruit d'une conception réaliste, car ce n'est pas *ex facto* qu'elle tire le droit.

Une règle de droit, conçue comme supérieure aux individus et à l'État, est une hypostase, tout à fait contraire à une saine et vraie méthode réaliste. Cette méthode enseigne à chercher dans les choses — et non au delà et au-dessus d'elles — la règle de leurs rapports.

Le droit n'est pas un fait, il est un rapport, ou mieux une appréciation des rapports humains. Certes, l'État n'est qu'une personnification fictive de la société (mais nous avons déjà vu le rôle que la fiction en général, et la fiction technique, jouent dans le droit); derrière l'État — personne morale — il y a des per-

1. Duguit, 2, p. 119.

sonnes physiques, tels représentants de la classe qui a le plus de poids politique, de l'élite dominante; derrière ce masque (si vous voulez dire ainsi) il y a des voix humaines. Mais c'est justement parce que « la distinction des gouvernants et des gouvernés dans un pays est un fait de plus grande force[1] » que, jusqu'à ce que cette force appartienne à ceux qui détiennent l'État, à ceux qui monopolisent la souveraineté, et soit reconnue par les autres, le droit subjectif de l'État (dont le droit de légiférer n'est qu'un aspect) prime le droit subjectif individuel. Le Parlement — disent les Anglais — peut faire tout ce qu'il veut, excepté changer un homme en femme.

Une philosophie réaliste du droit, loin de *postuler* une règle de droit, indéterminée et indéterminable, qui s'imposerait aussi bien aux gouvernants qu'aux gouvernés, dit que la règle de droit ou, pour mieux dire, l'ordre juridique *consiste* dans les rapports qui, à tout instant, relient les uns aux autres; ajoute que la règle de droit est *faite* par ces hommes; et conclut que, si le droit subjectif de l'individu n'existe qu'avec l'adhésion de l'État (en d'autres mots, que la force individuelle ne se change en droit que si elle est conforme à la règle imposée par les associés, dont l'État est le représentant), la force de l'État ne devient le droit subjectif de l'État qu'avec l'adhésion des gouvernés. Tout État, jusqu'à ce qu'il existe, requiert au moins un *minimum* de *consensus* des citoyens. Il n'y a pas de coaction envers l'État; c'est juste; mais, mieux que les traités des philosophes qui d'ailleurs

1. Duguit, 1, p. 78.

ont parlé souvent d'un droit du peuple de s'insurger, l'histoire politique nous montre maints exemples de ce *fait* de la révolution, contre lequel s'écrase tout État, lorsque lui manque son support nécessaire, qui est l'adhésion des sujets.

C'est de ce rapport mutuel entre les individus et l'État, de cette interdépendance entre ces deux termes que surgit la règle de droit. Loin d'exclure le droit subjectif de l'État et celui de l'individu, la philosophie réaliste les légitime tous les deux. Elle reconnaît, de bon gré, que le premier non moins que le deuxième se transforme toujours; que l'ordre juridique devient, de plus en plus, le produit d'un compromis entre l'État et les individus, ou, pour mieux dire, entre les différentes classes sociales, ce qui dépend de l'équilibre instable des forces sociales. Mais l'œuvre d'un État sera toujours nécessaire, comme garantie, comme contrôle de ces compromis.

La philosophie réaliste reconnaît aussi que le droit n'attend pas, pour surgir, que l'État se constitue. Vis-à-vis de l'*ego* a toujours existé l'*alter;* l'État n'est qu'une forme particulière, prise par telle partie de la société, dans laquelle l'individu se développe, et dont il se reconnaît comme un *socius.* Lorsqu'on parle d'une primauté du droit objectif sur le droit subjectif, d'une priorité logique de l'un sur l'autre, on a seulement en vue ceci : que tout individu, se développant dans une société qui est déjà formée avant lui, doit conformer ses actions aux règles juridiques existantes, qu'il ne peut briser les liens qui l'unissent à ses semblables, que la source de son droit n'est pas en lui-même, mais dans la société dans laquelle il vit, et que

c'est cette société qui règle sa vie, lui imposant de limiter ses intérêts de façon de ne point léser les intérêts d'autrui, mais lui garantissant, en même temps, que, dans ces bornes, ses intérêts seront garantis d'une façon efficace.

Le droit, vu dans sa totalité — ou, ce qui revient au même, l'ordre juridique — n'est ni le droit objectif, produit de ce fait de la souveraineté de l'État, qui va au delà de la sphère juridique de l'État, ni le droit subjectif de l'individu, qui se conforme à ce droit objectif. Mais il n'est, non plus, le fait de la vie sociale. Il est un reflet de cette vie, une appréciation de la conscience humaine sur les rapports entre les hommes. On peut, on doit même parler d'un droit objectif et d'un droit subjectif, l'un étant la règle que la société (qui trouve son expression souveraine dans l'État) impose aux actions humaines, l'autre étant la liberté conforme à cette règle. Mais, concevant l'ordre juridique dans son ensemble, il vaut mieux parler d'un côté objectif et d'un côté subjectif du droit, le premier comprenant les garanties et les sanctions des actions humaines, et le second les prétentions et les responsabilités qui dérivent de ces actions. Le côté objectif et le côté subjectif sont inséparables, et représentent comme les côtés convexe et concave d'une même lentille — la lentille juridique — à travers laquelle on examine les rapports humains.

Nous devons, d'abord, étudier le caractère spécifique tant du droit objectif que du droit subjectif; et nous devons, après, montrer les relations inébranlables, qui sont implicites dans les deux côtés de l'ordre juridique. Chacun de ces arguments si impor-

tants et si difficiles demanderait des volumes (des bibliothèques ont été écrites, en effet, sur chacun d'eux); mais l'économie du travail ne nous permet que d'y toucher d'une façon sommaire et presque en raccourci.

23. Après tout ce qu'on a écrit sur la règle juridique il n'est pas facile de dire du nouveau. Mais puisque l'objet de ce livre nous oblige à toucher à cet argument, nous devons résumer, le plus brièvement qu'il nous soit possible, les points principaux relatifs à la *vexata quæstio* de la forme, du contenu, de la valeur de la règle juridique.

Le maître de l'école historique des juristes allemands écrit : « Chez tous les peuples, qui sont entrés dans la période de l'histoire documentée, nous trouvons déjà un droit positif, dont l'origine doit être antérieure à cette période[1] ». Ces mots contiennent seulement une intéressante constatation historique, mais ouvrent la voie à une affirmation qui, malgré son apparence, n'est pas en contradiction avec les enseignements de l'école historique elle-même : le problème des origines du droit objectif, de la règle juridique, n'est pas un problème historique, mais est un problème philosophique.

La recherche historique ne peut pas pénétrer jusqu'au fond du problème; si loin qu'elle aille, elle ne peut trouver que des lois et des coutumes, c'est-à-dire des manifestations du droit objectif; mais elle ne peut éclaircir jusque dans ses racines le fait de la

1. Savigny, 1, § 7. I, p. 43.

règle juridique, si elle n'est pas aidée par la psychologie. La recherche historique ne peut trouver que des restes de lois; elle peut même induire, d'après tels vestiges, l'existence de certaines coutumes. Elle ne peut pas aller plus loin.

Sans répéter ce que nous avons dit auparavant, et notamment dans le § 9, nous pouvons nous associer à M. Duguit, lorsqu'il écrit qu' « il n'y a certainement pas de sociétés d'hommes, quelque primitives qu'elles soient, où on n'ait la conscience plus ou moins claire, que les hommes sont soumis à certaines règles de conduite » et qu' « on ne trouvera pas un groupement humain qui n'ait cette notion d'une règle de conduite, s'imposant à l'homme, précisément parce que l'homme vit avec d'autres hommes. Toutes les études ethnographiques, sociologiques le démontrent[1] ».

Dès qu'il y a eu société — c'est-à-dire dès qu'il y a eu vie humaine — il y a eu droit, le droit étant la règle sociale des actions humaines.

Le dernier ressort de cette règle, comme de toute autre appréciation, est la sensibilité, qui consiste dans une réaction de la conscience aux actions du milieu. La douleur est la mère du droit ainsi que de toute autre œuvre humaine.

Si le critère juridique ne s'est différencié que peu à peu des critères moraux et religieux; si — en d'autres mots — l'homme était obligé, et non seulement autorisé, à régler tous les actes de sa vie d'une certaine façon plutôt que de telle autre, cela n'empêche pas

1. Duguit, 2, p. 85.

que le critère juridique, le critère d'une coordination entre les actions humaines, n'ait toujours fonctionné dans la vie sociale. Même si la détermination des caractères spécifiques du concept du licite, comme du pivot de l'ordre juridique, est moderne, il y aurait contradiction dans les termes à supposer que, à un moment quelconque, telle action fût considérée, en même temps, comme licite et illicite.

Mais sur quoi se fondaient la licéité et l'illicéité des actions? Évidemment, sur une persuasion correspondante des autres associés : persuasion dérivée, à son tour, de l'expérience de l'utilité ou au moins de l'innocuité de telle action, du dommage dérivant, ou censé dériver, à travers l'action de l'individu, à ses coassociés.

Et voici un premier caractère essentiel de l'appréciation juridique, qui la différencie de toute autre : le but, que vise le droit, est toujours la valeur *sociale* des actions humaines, les effets que toute action individuelle apporte ou peut apporter aux associés. Certes, cette appréciation est entourée, dans les époques arriérées, de mille superstitions : ce serait une grande faute que de considérer la vie primitive comme une vie de liberté : presque aucun fait, pour les hommes primitifs — comme les recherches historiques l'ont démontré et comme nous-mêmes l'avons rappelé — n'est censé être un fait naturel. Au delà du fait, on voit toujours une œuvre surnaturelle. Dans tout ce qu'il fait, l'homme pense être vu et assisté ou contrarié par la divinité. C'est pour cela qu'il entoure toutes ses actions de ces minutieuses précautions, de formules, etc. Ce symbolisme primitif

explique l'étroit lien entre le droit et la religion, de sorte que la simple omission de telle formalité dans l'accomplissement de tel acte devient, non seulement une faute de conscience, mais un véritable crime au point de vue du droit. Et c'est cela qui explique aussi les mille particularités, dans lesquelles se perdent les lois primitives.

Mais, au fond, même si la religion et la morale s'entrelacent au droit, celui-ci ne considère que le côté social des actions humaines : il ne châtie une action parce qu'elle offense la divinité ou parce que la morale la juge mauvaise; il la châtie pour l'influence que cette action a, pourrait avoir, est censée avoir sur les associés.

Or, s'il est vrai qu'aucune action humaine n'est indifférente pour le droit, si toute action est susceptible de considération juridique, si aucune action ne peut être considérée en même temps comme licite et illicite, nous avons accompli le profil de l'acte juridique, lorsque celui-ci ne rencontre aucune réaction de la part des coassociés, lorsqu'il a conquis leur adhésion, la persuasion de sa licéité. Une action n'est considérée par le droit que sous le côté par lequel elle intéresse les coassociés de son auteur.

Ce caractère, en vertu duquel il n'y a pas de droit sans qu'à l'action d'un individu corresponde telle attitude des autres individus, soit qu'à cette action réponde leur acquiescement, leur adhésion, soit — au contraire — qu'elle réveille une réaction défavorable, est le caractère *social*, le caractère *bilatéral*, qui est propre du critère juridique. Il est vrai que ce caractère est présenté aussi par la coutume; mais il n'est pas

moins vrai que ce que nous appelons droit, cette réaction *spécifique* qui correspond à toute action, n'est qu'une différenciation de la coutume primitive. C'est, en effet, une diversité de degré et non de caractère, une diversité qu'on pourrait dire quantitative et non qualitative, si la réaction sociale qui suit une action est un blâme de l'opinion publique, ou l'exclusion de tel cercle de personnes, ou une peine dans le sens moderne de ce mot, ou le bannissement du groupe primitif.

Sumner Maine, qui d'abord avait dit que la première forme du droit objectif est donnée par les sentences, qu'on accueille comme dictées par le ciel (Θέμιστες)[1], corrige ensuite cette opinion, disant qu'elles étaient « puisées cependant pour la plupart dans des usages préexistants[2] ».

La coutume est donc, à notre avis, la première forme du droit objectif.

Or, la coutume n'est que la pratique de telles actions, auxquelles la conscience des associés attache la persuasion de la licéité. Pour qu'une coutume soit valable, dans les périodes arriérées de l'évolution juridique, il ne faut pas qu'elle soit ancienne, comme semblent croire tant d'historiens; il suffit qu'elle surgisse, et que la persuasion de la licéité s'y attache. Si nulle action n'est indifférente pour le droit, il est évident que toute action, qui vient à la connaissance des associés et qui ne réveille dans leur conscience aucune réaction assez défavorable pour les entraîner

1. V. Sumner Maine, 1, pp. 3-6.
2. *Id.*, 2, p. 48.

à châtier l'auteur, doit être considérée comme licite. C'est peu à peu que les coutumes disparaissent, ou qu'elles sont considérées illicites. La vieille coutume de l'offrande de ses propres enfants pour se rendre propice la divinité, dont nous font témoignage entre autres le récit biblique et une tragédie d'Euripide, a dû se présenter d'abord comme licite, ne se transformant en illicite qu'avec le changement des idées, avec l'expérience de l'inutilité et avec le sentiment de la cruauté de ces sacrifices. Mais toute coutume naît par la libre initiative d'une action individuelle; si tout fait, bien que minime, laisse son sillon dans la conscience individuelle, il est sûr que toute action laisse son sillon aussi dans la conscience sociale. Le simple *fait* qu'un *fait* soit accompli apparaît, dans plusieurs cas, comme une raison suffisante de sa justification, même morale. La déontologie est confondue avec la phénoménologie.

Et cela explique aussi l'autorité des arrêts prononcés par les premiers juges, qui n'étaient, dans plusieurs peuples, que les plus vieux ou les chefs eux-mêmes. Le seul fait qu'un arbitre ou un juge, dans tel cas difficile, ait prononcé de telle façon plutôt que d'une autre, était suffisant pour attacher une persuasion de bonté, de justice à cette décision. Si l'on avait jugé ainsi, l'on devait juger ainsi. Et d'ici le pas est assez bref pour qu'on dise que dans tout cas analogue on *devra*, dans l'avenir, juger ainsi. C'est l'autorité du précédent, l'autorité de l'*ainsi on a fait autrefois* (qui est l'inconsciente expression de l'autorité de l'expérience) qui explique l'influence des arrêts primitifs.

On dit couramment que la première forme de sanction contre les actions illicites, ou, ce qui revient au même, contre ce qui apporte un dommage à autrui, est la vengeance, une guerre de groupe à groupe. Mais il faut, toutefois, faire une distinction entre les rapports de groupe à groupe et les rapports intérieurs du groupe. Dans ceux-ci, le recours à une troisième personne qui, n'étant ni l'offenseur ni l'offensé, peut juger sans passion le différend, peut être spontané ou coactif. C'est pour la garantie de la paix que ceux qui monopolisent la force, les gouvernants, imposent aux particuliers de recourir à tels organes étatiques pour la solution de leurs controverses. On ne peut exprimer d'une façon plus précise ce rôle du pouvoir judiciaire qu'avec les mots de Paul : « non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi » (L. 176 pr. D. de R. I. 50, 17).

Mais ces premiers juges ne décidaient qu'un cas controverse : leur arrêt avait l'autorité d'un précédent, n'avait pas l'autorité d'une loi dans la vraie signification du mot. C'est un phénomène analogue à celui qui se vérifie dans l'ancienne Rome avec le *jus respondendi*, concédé à tels juristes : ce n'est qu'ensuite qu'aux *responsa prudentum* est reconnue force de loi, avec la sanction accordée par l'empereur aux décisions prononcées par les savants dans ces cas particuliers, sanction qui transforme la *décision*, acte final d'un différend, prononcée par des savants en des cas particuliers, en *règle* juridique, exemple préalable pour les décisions futures de controverses analogues.

Si la règle juridique est l'expression la plus solennelle de la souveraineté qui, par son moyen, impose telle conduite aux associés, ce qu'on appelle dédaigneusement le dogme de la souveraineté populaire n'est, au fond, que l'expression d'un fait historique, qui s'est vérifié à l'origine de la société, avant la formation du pouvoir étatique. Ce n'est, en effet, qu'en force de la persuasion sociale de la licéité de telles actions et de l'illicéité de telles autres que se régit l'ordre juridique primitif, que telle sanction est appliquée dans tel cas particulier.

« Le législateur — écrit M. Petrone — est un médiateur comme le juge : celui-ci, entre des adversaires actuels; celui-là, entre des adversaires possibles et futurs; et, de même que le juge dans sa sentence, le législateur reflète dans la loi la conscience du *socius*... La loi est la formulation de l'aperception du *socius;* son incarnation objective; son extériorité; sa logique élaboration. » Mais le législateur et le juge ne font qu'interpréter le moi profond, le moi social et général, la loi qui est dans notre intérieur. « Sur cela repose aussi bien la valeur du jugement que celle de la loi[1]. »

La loi n'est que le dernier stade de la règle juridique, la forme la plus parfaite de la volonté du *socius* ou de la volonté de l'État, qui est censée représenter cette volonté de la société et qui, dans son existence, a le titre de sa légitimité, volonté qui s'interpose et se superpose à celle de l'*ego* et de l'*alter,* et impose aux individus telle conduite.

1. PETRONE, 2, pp. 61, 62.

La règle de droit est toujours un produit de la volonté, qui dérive d'une appréciation des actions et qui aboutit à l'imposition de tel maintien individuel. Mais tandis que la coutume, que nous avons vu être la première forme de la règle du droit, est une *manifestation* de la volonté des associés, qui est, mieux qu'explicitement déclarée, implicite dans l'opposition à telles actions et dans l'acquiescement à telles autres, la loi est une *déclaration* explicite de la volonté de l'État. Manifester et déclarer sont, sans doute, des synonymes : mais ne signifient pas tout à fait la même chose. Il y a plus : la loi est, médiatement, une manifestation de la volonté des associés; mais, immédiatement, elle est une déclaration de la volonté du pouvoir souverain, de l'État. C'est de la volonté des associés que toute loi, en dernière analyse, dérive; c'est dans la volonté des associés qu'elle puise sa force obligatoire. Mais si la coutume aussi bien que la loi répond à des besoins des associés et tâche de les satisfaire, dans le procès, souvent assez long et accidenté, pour qu'un besoin ressenti par les associés trouve sa satisfaction dans une loi, qui reconnaisse de nouvelles prétentions et impose de nouvelles obligations, on brûle, en général, aujourd'hui cette étape intermédiaire de la coutume. L'État, qui monopolise la force, monopolise aussi le droit, dans ses sources et dans son application. La loi ne reconnaît la coutume que comme une source subsidiaire et dans certaines matières (notamment, en matière commerciale; mais toutefois tous les codes des pays civilisés ne reconnaissent pas la primauté des usages sur le droit civil, dans le silence de la loi commerciale)

et elle règle l'arbitrage d'une façon précise, en lui soustrayant tout de même, même en matière civile, bon nombre de questions.

Le jurisconsulte Paul, que nous avons déjà cité, a défini la règle de droit de cette façon : « regula est, quæ rem, quæ est, breviter enarrat. » (L. 1 D. de R. I. 50, 17.) Mais s'il anticipait, avec ces mots, la conception moderne, économique de la loi scientifique, il ne marquait point les différences, qui sont capitales, entre les lois des sciences et la *loi* juridique. C'est, comme nous avons vu, du terrain de la société qu'on a transporté le concept de loi à celui de la nature. Mais cela n'empêche que les lois naturelles, ou, pour mieux dire, les lois scientifiques soient absolument différentes des lois juridiques.

Elles ont, il est vrai, des traits communs : d'abord, elles dérivent toutes les deux de l'expérience; en deuxième lieu, elles réalisent une économie pour la pensée, la loi scientifique n'étant qu'un abrégé de telle série de faits analogues (il ne peut pas y avoir de faits identiques), la loi juridique étant la décision d'un nombre indéterminé de cas pratiques semblables; elles contiennent, enfin, toutes les deux, des prévisions de conséquences déterminées, si telles circonstances se produiront[1].

1. C'est pour cela que ZITELMANN dit : « Les lois de la nature comme les lois juridiques reposent... sur des jugements généraux hypothétiques » (p. 204, v. pp. 204-208). Et IHERING écrit : « Toute règle de droit attache à une hypothèse déterminée (« si quelqu'un a fait ceci ou cela ») une conséquence déterminée (« dans ce cas, il arrivera ceci ou cela »). ». Et il ajoute, en note : « Cette forme (si... dans ce cas) est la plus simple et la plus claire; elle est au fond de toute règle de droit bien qu'elle ne soit pas toujours expressément employée. Par exem-

Mais si on ne peut exclure le rôle de la volonté humaine dans la construction et même dans la vérification des lois de la nature (qui imposent à l'observateur de se placer dans telles conditions, s'il veut constater tel phénomène), les lois juridiques se différencient par ce caractère : qu'elles ne *décrivent* point les faits auxquels elles s'appliquent, mais *prescrivent* telle conduite aux volontés humaines, le cas échéant que se vérifient les faits qu'elles prévoient. La loi scientifique est une loi phénoménologique, une condensation de l'expérience sur ce qui est; la loi juridique est une loi déontologique, une appréciation des actions et un commandement de ce qui doit être. C'est pour cela que la loi juridique est une *norma agendi.*

Mais la loi juridique n'a-t-elle pas ce caractère en commun avec la règle morale? Assurément. Et, en effet, comme nous avons dit, la loi juridique, la loi posée par la volonté souveraine de l'État, s'inspire toujours d'un certain idéal, qui domine la conscience sociale de l'époque; elle est un effort de régler les actions humaines d'une façon conforme à tel principe éthique. Si étroit, si peu élevé qu'il soit — soit, par exemple, l'idéal du domaine absolu de la volonté du souverain, qui peut toutefois se croire inspiré par la divinité, ou encore l'idéal de la plus haute expansion de la classe qui est au pouvoir —

ple : les mineurs resteront sous tutelle jusqu'à l'âge de 25 ans, les fidéjussions des femmes sont nulles, etc. L'hypothèse est ici : *si* quelqu'un n'a pas encore atteint l'âge de 25 ans, *si* une fidéjussion a été contractée par une femme, la conséquence est la suivante : *dans ce cas*, il sera sous tutelle, etc. » (2, § 4. Tome I, pp. 52-53.)

un principe moral, l'effort de la conformité à un idéal, inspire toute législation. Une philosophie réaliste doit admettre que, tandis que le critère juridique individuel se résout dans l'examen de la conformité de telle action au droit existant, à la distinction, déjà établie, des actions en licites et illicites, le critère qui dirige le législateur dans cette discrimination des actions est un critère moral, plus ou moins noble, mais toujours un critère de justice. On peut, il est vrai, d'après le critère moral, d'après le critère de justice, qui relève de la conscience individuelle, juger aussi — comme nous allons voir — les lois existantes. Et il n'y aurait point de progrès juridique, il y aurait la stase, la mort de toute société, si toute loi fût censée conforme à un critère *immuable* de justice. Mais, jusqu'à ce que la loi existe, si l'État peut — s'il doit plutôt — permettre qu'elle soit critiquée, il ne peut permettre qu'on la viole impunément. Aristote a dit, avec son habituelle profondeur, que dans les États bien constitués on doit surtout prendre garde qu'on ne contrevienne, en quoi que ce soit, aux lois, même dans les petites choses; car l'illégalité s'insinue subrepticement, comme une petite dépense, qui, souvent répétée, ruine les fortunes[1].

Un autre caractère que la loi juridique a en commun avec la loi morale est la possibilité de considérer toutes les actions humaines. On a longtemps insisté sur le caractère d'*extériorité* de la loi juridique en contraste avec le caractère d'*intériorité* de la loi morale. Mais nous ne pouvons que nous associer à

1. V. Aristote, 1, VIII, 7, 1307 b; p. 264.

M. Del Vecchio, qui a fait justice, dans des pages remarquables, de cette distinction. Il dit que « rien ne peut *advenir* en dehors du monde physique »; que la pensée elle-même, dans son actualité psychologique, « dans sa qualité de fait, a une nature empirique, participe de la réalité concrète »; qu'il aurait été superflu et illogique de tant combattre pour la liberté de pensée, si le droit ne pouvait pas s'étendre à la garantie ou à la sanction de la pensée; qu'il est vrai que « cogitationis poenam nemo patitur », mais qu'on dirait une chose absolument dépourvue de sens, si on faisait allusion à une pensée qui demeurât ignorée, car non seulement la pensée, mais aucun autre fait n'est punissable, s'il reste ignoré.

« Les actes de la pensée représentent un *licite juridique*, une activité *conforme au droit*, et non quelque chose d'indifférent ou d'étranger au droit. » D'ailleurs, il n'est pas vrai que le droit ne considère point les intentions, l'*animus ;* car à cette considération on remonte dans tous les champs du droit[1]. Il faut donc conclure que le droit, de même que la morale, peut considérer et, en effet, considère tous les actes humains, qu'il divise, explicitement ou implicitement, en licites et illicites. La réversibilité, que nous avons déjà établie entre les critères moral et économique, peut aussi être admise entre le critère juridique et le critère moral. Il faut pourtant observer que, tandis que le critère moral, qui est individuel, s'exerce ou peut s'appliquer à toutes les actions de l'individu, en sorte que l'on peut porter un jugement moral

1. V. Del Vecchio, **2**, pp. 25, 26, 37-40, 31 et note, 32, 35-36.

même sur les pensées que rien ne révèle à autrui, et que la conscience morale peut seule sanctionner; par contre, le critère juridique ne considère, des actions humaines, que leur côté social, le côté par lequel elles interfèrent avec la conduite d'autrui. La morale descend donc du côté intérieur au côté extérieur de toute action; le droit obéit à un processus inverse : il remonte du côté extérieur au côté intérieur[1]. Mais même admettant — et nous l'avons admis — que le législateur, lorsqu'il crée la règle de droit, s'inspire d'un principe moral, il ne considère, néanmoins, des actions qu'il apprécie en les discriminant en licites et illicites, que leur valeur sociale, c'est-à-dire leur aptitude à ne point léser la liberté d'autrui. Il consulte sa conscience, et la conscience sociale; mais l'idéal, qui le dirige, n'est qu'un idéal politique, qui n'a égard qu'à la paix sociale — et c'est pour cela que la politique inspire la législation — tandis que les idéaux, d'après lesquels la morale individuelle apprécie les actions humaines peuvent être des plus différents : ce n'est plus, ou, pour mieux dire, ce n'est pas seulement la valeur sociale des actions humaines qu'on considère, mais on les évalue au point de vue du perfectionnement de l'homme, ou

1. « Le jugement moral — écrit très bien M. Del Vecchio (2, p. 69, note) — suppose un *point de vue* intérieur; le jugement sur le droit un *point de vue* extérieur : on ne peut juger de la moralité d'autrui, si on ne se place idéalement, et presque fictivement, dans la conscience même du sujet qu'on considère; on ne peut juger de son droit si on ne se transfère, dans une certaine façon, en dehors de soi-même, c'est-à-dire en regardant soi-même objectivement. D'ici la difficulté et les dangers, toujours reconnus, d'un jugement sur la moralité *en cause d'autrui*, et d'un jugement juridique *dans sa propre cause.* »

de la sainteté de la vie, ou de la préparation à une vie future : c'est donc la valeur transcendante des actions qui est considérée par la morale.

La morale a aussi, toujours, une possibilité de coaction, une coactivité comme le droit; mais la coactivité morale est tout intérieure, si on considère la morale comme individuelle; elle reste toute psychologique, même lorsqu'on considère cette *moralité positive, constituée par l'ensemble des idéaux,* qui se trouvent dans la conscience sociale et ont leur expression dans l'opinion publique[1], tandis que la coactivité juridique est extérieure, vise à la personne physique ou à son patrimoine.

Mais — et ici, comme nous avons déjà dit, est le caractère spécifique de la règle juridique comparée à la règle morale — la première est toujours *bilatérale :* c'est-à-dire, dans le même temps qu'elle impose des commandements, elle autorise des prétentions; tandis que la règle morale est unilatérale, ne fait qu'imposer des devoirs, mais ne fournit aucune prétention correspondante à ces devoirs. Et même, si nous examinons les normes de la coutume sociale, « expression très compréhensive, mais très ambiguë », qui désigne diverses espèces de normes, « normes de convenance, de bienséance ou décorum, de tact dans les rapports sociaux, de politesse, et même d'étiquette et de cérémonial[2] », que, contrairement à l'opinion de l'auteur que nous venons de citer, nous concevons comme une sous-espèce des normes de la moralité positive, nous

1. V. Vanni, pp. 58-60.
2. V. *id.*, p. 60.

pouvons dire que ces normes, tout en ayant un caractère en quelque sorte bilatéral, car elles reposent sur la pratique mutuelle de tels usages, n'ont néanmoins, excepté lorsqu'elles sont (surtout dans les premiers temps de l'évolution sociale) indifférenciées dans la coutume juridique, ce caractère particulier du droit, qui est une *bilatéralité spécifique,* qui consiste dans de *précis* devoirs d'un côté et dans de *précises* prétentions de l'autre.

Lesquels sont, donc, les véritables caractères particuliers de la règle juridique?

D'abord, la source. Car, si, médiatement, toute loi dérive d'une appréciation de la conscience sociale, immédiatement elle est l'expression de la volonté souveraine de l'État, du législateur. Celui-ci tâche d'interpréter les besoins et de s'inspirer des idéaux des hommes parmi lesquels il vit. Mais il ne faut pas oublier, toutefois, la part qu'on doit faire à l'arbitraire du législateur dans la création de la loi, dont les formes les plus saillantes sont la violence et l'imitation d'un droit extérieur[1]. La loi pourrait avoir tous les caractères formels de vitalité même si elle était en contraste avec les besoins et les idéaux populaires; mais il lui manquerait cette adhésion des sujets, qui est le véritable fondement de toute loi, ou mieux de toute législation. Car, même si cette loi pouvait exercer sa coaction sur les sujets, la confiance

1. V. SCIALOJA, partic. p. 134 (et 102 de la trad.). Il insiste sur l'intéressant exemple des influences, que la plus récente législation civile japonaise a reçu des études que tels représentants de l'élite dominante venaient de faire, d'abord sur la législation française et ensuite sur le système anglais et allemand. (V. pp. 137-138, et 104-105 de la trad.).

dans le législateur qui l'eût imposée serait ébranlée et conduirait, dans les cas extrêmes, à un violent renversement de tout l'ordre juridique existant.

Un deuxième caractère particulier de la loi juridique est la coactivité spécifique. La loi a ce caractère d'être impérative d'une façon irréfragable. Qu'on ne se méprenne pas sur l'expression verbale d'une loi juridique : même si elle emploie l'indicatif, dit M. Bierling, il n'est pas un vrai indicatif, « mais, pour son sens, il est un impératif[1] ». Et M. Thon : « Souvent les commandements et les prohibitions du droit peuvent ne pas paraître tels du dehors et se laisser discerner seulement d'après les conséquences qui menacent leur transgression : néanmoins, logiquement, il y a dans toute proposition juridique un impératif, un précepte de la loi, ou, comme nous affectons de le dire aujourd'hui, une norme[2]. »

Mais à qui donc est adressé le commandement de la loi? La théorie, observe M. Seligmann, répond d'une triple façon : le commandement peut être adressé à l'État lui-même, aux juges, aux sujets[3]. Mais n'est-il pas contradictoire que d'admettre que l'État puisse imposer des impératifs à soi-même? M. Binding croit que non[4]; Ihering, au contraire, affirme que « des impératifs adressés à soi-même sont une contradictio in adjecto[5] ». M. Seligmann remarque justement que l'État ne s'adresse pas des commandements à soi-

1. Bierling, 1, II. Th., p. 15.
2. Thon, pp. 2-3.
3. V. Seligmann, p. 95.
4. Binding, I. B., pp. 17, 18.
5. Ihering, 3, I. B., p. 332.

même, mais qu'il les adresse à ses organes[1]. Le commandement peut être explicite ou implicite, positif (précepte) ou négatif (et c'est alors la défense de commettre telles actions). Même si la loi est rédigée sous forme de permission, un commandement y est toujours implicite, n'était-ce que le commandement de respecter la conduite garantie moyennant cette permission. « Quelqu'un a douté — écrit M. Cammeo[2] — que les règles dispositives, c'est-à-dire celles qui ont vigueur seulement si, dans le droit privé, les intéressés n'aient disposé d'une diverse façon, soient impératives. Toutefois il est clair que le commandement y est même ici : c'est seulement un commandement conditionné à l'hypothèse qu'on n'ait pas disposé d'autre façon. »

Enfin, le troisième caractère spécifique de toute loi juridique est sa bilatéralité. « À tout commandement correspond une concession; à tout devoir une faculté[3]. » Toute règle juridique est, donc, source d'obligations. Mais entre quelles personnes sont établies ces obligations? Nous partageons l'avis de M. Cammeo, qui fait cette triple distinction : on peut avoir ou plusieurs « *facultisés* » et plusieurs obligés (c'est, généralement, le cas des règles du droit privé); ou plusieurs obligés vis-à-vis d'un seul « *facultisé* » (l'État); ou plusieurs « *facultisés* » vis-à-vis d'un seul obligé (qui est encore l'État — et c'est le cas des règles du droit public)[4].

1. V. Seligmann, pp. 97-98.
2. Cammeo, 1, p. 15.
3. *Id.*, *ibid.*, p. 21.
4. *Id.*, *ibid.*, pp. 27-28.

D'après cela, nous pouvons définir *le droit, au point de vue objectif, comme l'ensemble des règles de conduite, établies par la volonté souveraine de l'État et fournies de coactivité, qui attribuent des facultés et imposent des devoirs aux hommes.*

Il appert qu'à ce que nous venons de dire il y a plusieurs exceptions.

Il y a, d'abord, les lois purement formelles, c'est-à-dire celles qui, tout en ayant l'aspect extérieur de lois, ne le sont point, eu égard à leur contenu, qui ou n'est pas général, ou n'est pas bilatéral, ou n'est pas impératif. C'est « le contenu — écrit M. Cammeo[1] — et non la formule, qui détermine le commandement ». Et notre réalisme, qui ne peut s'arrêter à la surface des choses, nous conduit à partager son avis dans la *vexata quæstio* sur la nature de la loi. En effet, si nous refusons à une détermination des rapports entre les hommes, leur attribuant des prétentions et des obligations, à une discrimination des actions humaines en licites et illicites, la valeur d'une règle juridique, tant qu'elle n'est pas pourvue de ce caractère impératif, qui ne lui provient que de la sanction directe ou indirecte de l'État, nous devons aussi dénier la valeur réelle (on pourrait même dire réaliste) de règle juridique à toute déclaration étatique, qui ne peut attribuer des prétentions et imposer des devoirs, ou déplacer les bornes de la licéité et de l'illicéité des actions. Même si on trouve tous les caractères formels de la loi, on doit dénier la valeur de règles juridiques à ces prétendues lois, qui ne contiennent, par

1. V. Cammeo, 1, p. 27.

exemple, que des préceptes juridiques sans sanction, des préceptes moraux, un remerciement solennel à un général victorieux[1].

On a beaucoup discuté sur les *leges imperfectæ et minus quam perfectæ.* Nous n'aborderons pas même la question, qui se rattache à des interprétations de textes, en nous limitant à déclarer que nous partageons l'avis de M. Baviera, qui, dans un écrit érudit, tout en soutenant que ce n'est pas sur la présence ou l'absence de la *sanctio* (qui ne pouvait pas se trouver dans une *lex* contenant des règles de droit privé), mais seulement sur l'examen du *perficere quod lex voluit* que cette distinction est fondée, a démontré que les *leges perfectæ* sont celles qui « perficiunt quod lex voluit », c'est-à-dire non seulement imposent une conduite déterminée, mais, prévoyant le cas de leur violation, disposent pour le retranchement de l'acte qui a violé la loi et imposent une peine; tandis qu'*imperfecta lex* est, selon Ulpien, « quæ fieri aliquid vetat, nec tamen si factum sit rescindit », et *minus quam perfecta lex* est « quæ vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei qui contra legem fecit », cette *lex* « *minus quam perfecta* » étant un intermédiaire entre la *lex perfecta*, dont elle n'a pas l'élément du retranchement de l'acte, et la *lex imperfecta*, à laquelle elle est supérieure, pour la peine qu'elle établit[2].

Dans le droit moderne nous trouvons aussi bon nombre de *leges imperfectæ* et *minus quam perfectæ*,

1. V. encore Cammeo, 1, p. 27.
2. V. Baviera, *passim.*

surtout dans le champ du droit public, vu la nécessité que la sanction humaine s'arrête à un certain point, et pour des raisons politiques, qui imposent l'irresponsabilité juridique de tels organes de l'État. Mais même si la responsabilité juridique s'arrête, la responsabilité politique et morale fonctionne, pour ainsi dire, toujours à côté et au delà de la première, tout acte, même souverain, étant susceptible d'être jugé, non seulement par la conscience individuelle, mais par ce juge puissant — l'opinion publique — qui, impalpable comme l'éther, est pourtant le milieu dans lequel se forme tout jugement social, comme l'éther est le milieu où s'effectue tout fait physique. Et, encore, faut-il ne pas oublier qu'une règle juridique est prise dans son ensemble et non dans ses simples éléments épars. Cela soit dit pour ceux, qui ne trouvant pas une sanction à tout article d'un Code, voudraient par cela seulement baptiser ces articles pour des *leges imperfectæ*.

Toutefois, on ne peut nier qu'il y ait des lois au point de vue formel, qui ont un contenu non obligatoire. M. Eisele, dans son intéressant écrit sur le contenu non obligatoire des lois, dit justement que c'est l'origine romaine de tant de lois modernes, qui explique cette anomalie du contenu non obligatoire de tant de lois, dérivées de ces préceptes romains, qui n'étaient que la formulation de théories scientifiques, auxquelles la sanction de Justinien avait donné force de loi[1]. Il parle de ces préceptes auxquels la coutume a ôté toute leur force obliga-

1. V. Eisele, partic. pp. 323 et suiv.

toire (qu'on se rappelle plusieurs articles des constitutions des États modernes), de l'interprétation authentique, des classifications, de la systématique, des définitions, de la construction juridique[1]. Il y a encore des préceptes purement moraux contenus dans les Codes, ou des expositions de motifs, ou des affirmations abstraites, ou des définitions, qui pourtant peuvent avoir une signification technique, car l'État, en donnant telle définition d'une institution, manifeste sa volonté que les règles qu'il fait découler de cette même institution ne soient appliquées que dans les cas qui puissent rentrer dans le concept expliqué par la définition[2]. Et, pour celui qui considère les choses d'une façon pénétrante, il peut se manifester telle sanction juridique même si à première vue on ne la découvre[3]. Il faut, en tout cas, admettre que même si les lois sont vraiment imparfaites, elles conserveront une grande efficacité, au point de vue de la coaction psychologique, car elles sont toujours la plus haute manifestation de la souveraineté.

C'est la souveraineté qui est la source du droit et sa garantie. Car, en élevant à la hauteur de règle juridique telle persuasion qui était diffuse dans la conscience sociale (si elle l'était; et ce que nous dirons vaut mieux encore pour les cas de lois, dans lesquelles est faite une part considérable à l'arbitraire du législateur), le législateur donne toute l'efficacité de son autorité et toute la garantie, qui dérive du monopole de la force, aux préceptes qu'il en tire et qui seront

1. V. Eisele, *passim.*
2. V. Cammeo, 1, p. 17.
3. V. *id.*, *ibid.*, pp. 19 et 89.

assurés par les moyens avec lesquels il pourra en assurer l'accomplissement. La valeur de la loi repose sur sa coactivité : la coaction, dont dispose l'État pour assurer le respect de la loi, est, en dernière analyse, la coaction matérielle. Mais cela n'est-il en contraste avec ce que nous avons dit sur l'adhésion, comme un des caractères de l'idée de droit? Nous croyons que non. La loi fait appel, tout d'abord, à l'adhésion des citoyens : une loi, qui pourrait être toujours respectée, aurait atteint son effet le meilleur. Et il faut observer encore : en premier lieu, que la loi ne s'adresse pas seulement aux particuliers, mais aussi aux organes de l'État, et que la coaction exercée sur les premiers ne peut s'exercer qu'avec l'adhésion des seconds (l'État exerce une coaction même sur ceux-ci, en punissant leur éventuel refus d'appliquer les lois, mais si tous les organes de l'État refusaient adhésion à la loi, il n'y aurait plus d'État, il y aurait l'anarchie) ; en deuxième lieu, faut-il observer que l'obéissance à la coaction requiert, néanmoins, si minime ou contrainte qu'elle soit, une activité individuelle, qui dérive d'une adhésion de la volonté.

24. La question de la nature du droit subjectif est très débattue dans la science et dans la philosophie juridique, même aujourd'hui.

Parmi les savants qui en ont traité à une date récente, il faut citer, en première ligne, les noms de deux éminents juristes allemands, Windscheid et Ihering.

Il faut que nous discutions, de la façon sommaire qui nous est imposée par le caractère de cet ouvrage

qui doit toucher synthétiquement à tant de points importants, leurs théories, auxquelles pourtant nous ne croyons pas pouvoir nous associer.

Windscheid — on le sait — envisage le moment de la volonté dans le droit; Ihering celui de l'intérêt. Mais qu'est-ce que cela signifie?

Dans ses *Pandectes,* Windscheid dit qu'on parle dans un sens double du droit comme faculté (droit dans le sens subjectif, droit subjectif)[1] :

1º Droit à une attitude déterminée (fait ou omission) des personnes, qui se trouvent vis-à-vis du titulaire, ou d'une personne déterminée. L'ordre juridique a formulé une règle, qui impose une conduite déterminée, et a mis cette règle à la disposition de celui, en faveur duquel il l'a créée, en lui permettant de profiter, ou de ne pas profiter de la règle, de mettre en œuvre, ou de ne pas les mettre, les moyens garantis par l'ordre juridique. L'ordre juridique s'est dépouillé en faveur du particulier de sa règle; il a fait, de son précepte, un précepte de cet homme. La volonté du particulier est décisive pour la réalisation du précepte émané de l'ordre juridique.

2º Dans un autre sens, peut-on entendre le mot *droit,* lorsqu'on dit, par exemple, que le propriétaire a le droit d'aliéner sa chose, que le créancier a le droit de céder son crédit, qu'un contractant a le droit de désister ou de résilier le contrat. Dans ces cas, avec le mot *droit* on entend que la volonté du titulaire est décisive pour la naissance des droits de l'espèce aupa-

1. Il déclare que son exposition envisage seulement les droits privés. (§ 37, note 1. Vol. I, P. I, p. 169.)

ravant considérée, ou pour l'extinction ou la modification des droits déjà nés. On attribue au titulaire une volonté décisive, non pour l'actuation, mais pour l'existence de tels préceptes de l'ordre juridique.

L'une et l'autre de ces deux espèces de droits subjectifs sont comprises dans la définition : le droit est une puissance ou seigneurie de la volonté (*Willensmacht*) attribuée par l'ordre juridique. Windscheid ajoute qu'il n'appartient pas au concept du droit que l'ordre juridique assure au titulaire des moyens coactifs pour l'actuation de la puissance qu'il lui a concédée[1].

On peut faire — et on a fait — plusieurs objections à cette conception de Windscheid.

On a dit — tout d'abord — que la conduite que doit tenir celui qu'on a appelé le sujet passif du droit (le débiteur, tous les hommes qui doivent respecter la propriété, etc.) est indépendante de la volonté réelle du titulaire, de toute manifestation de cette volonté. On viole le droit de propriété en traversant la propriété même de celui qui n'en a pas défendu expressément le passage; le droit du créancier est lésé, lorsque le débiteur ne satisfait pas sa dette au jour dû, même si le créancier ne lui a pas enjoint de la satisfaire; enfin, même un incapable de volonté peut, sans représentant, avoir un droit; disons plus, on peut même avoir un droit sans le savoir.

Windscheid répondit, d'abord, à ces objections, que l'ordre juridique, en concédant un droit, ne déclare pas décisive la volonté du titulaire, mais seu-

1. V. Windscheid, § 37. Vol. I, P. I, pp. 169-172.

lement un certain contenu de volonté. Mais, après, il a reconnu, lui-même, que cet essai de défense était insuffisant. Et, s'associant à M. Thon, il a enfin affirmé que le fondement de sa conception était celui-ci : la volonté qui est impérative même dans le droit subjectif est seulement la volonté de l'ordre juridique, non la volonté du titulaire. Même lorsque l'ordre juridique tire le contenu de son précepte de la volonté d'une personne, c'est toujours lui qui règne, ce n'est pas cette personne. L'individu n'impose, en somme, telle ou telle attitude à d'autres individus que par une sorte de délégation de l'ordre juridique, qui lui a concédé l'emploi d'un de ses préceptes. M. Thon va encore plus loin — mais Windscheid ne le suit point jusque-là — en disant que l'ordre juridique ne fait même pas cette délégation d'un de ses préceptes, mais qu'il donne au particulier seulement ces préceptes ultérieurs dont il peut disposer, c'est-à-dire ceux qu'il a promulgués contre celui qui ne veut pas obéir à ses règles, et particulièrement les préceptes aux organes du pouvoir public d'accorder la tutelle juridique : conséquent avec lui-même, M. Thon dit que le droit subjectif n'est rien de propre au sujet du droit, n'est qu'une perspective (*Aussicht*) de la règle juridique à sa propre chose, à son patrimoine juridique[1].

Cette conception, qui pouvait paraître très individualiste, lorsqu'elle entendait le droit comme un pouvoir volontaire du sujet, en faisant dépendre l'existence du droit d'un acte, d'une déclaration de volonté

1. « Le droit subjectif est fondé par moyen d'une promesse de prétentions éventuelles; il repose sur la perspective de celles-ci. » (THON, p. 218.)

du sujet, dans le nouvel aspect qu'elle prend, lorsqu'on envisage — (comme, d'après l'aveu de Windscheid, on doit le faire) — la volonté du particulier comme une simple délégation de la volonté de l'ordre juridique, en d'autres termes, de l'État, nous apparaît sous une nouvelle lumière : une théorie étatique à l'excès. C'est un souffle hégélien qui l'inspire. La volonté individuelle, lorsqu'elle est productive d'effets juridiques, n'est qu'un reflet de cette volonté abstraite et impersonnelle, qui réside dans l'État, dans l'ordre juridique.

Mais si la doctrine de Windscheid ne pouvait pas résister aux critiques, que, sur ses traces, nous venons de rappeler, elle n'y résiste pas mieux sous sa nouvelle forme.

D'abord, si on accepte l'idée que la volonté, dont on parle, n'est pas celle du particulier, du titulaire du droit, mais au contraire celle de l'ordre juridique, on ne voit pas comment on pourrait soutenir que, pour les droits de la deuxième espèce, la volonté du titulaire est *décisive* pour l'existence des préceptes de l'ordre juridique. Dans toutes les deux espèces, il n'y aurait de décisif que la volonté de l'ordre juridique. Ce serait seulement dans le degré d'actuation des préceptes juridiques, dans le recours à ceux-ci que pourrait se faire valoir la volonté du titulaire.

Mais, si la volonté du titulaire entre, tant soit peu, dans la naissance ou dans l'application du droit — comme observent les annotateurs italiens de Windscheid — réapparaît dans toute sa force la première objection, fondée sur l'existence de droits, dans les-

quels la volonté du titulaire peut être silencieuse ou même absente. En effet, que peut-il signifier sinon que l'assujettissement des volontés des sujets passifs du droit dépend, non de la volonté du titulaire, mais plutôt de celle de l'ordre juridique, si, pour que le droit subjectif subsiste et se fasse valoir, il faut une sorte de délégation de la volonté de l'État au titulaire? C'est avec raison, pensons-nous, que MM. Fadda et Bensa écrivent que « en dernière analyse et en dépit de tous les expédients, la volonté subjective, chassée d'une part, rentre nécessairement de l'autre[1] ».

Il faut encore observer que c'est à tort que Windscheid exclue la coaction du concept de droit. Qu'il nous soit même permis d'affirmer qu'ici la faute de Windscheid est double. La première est de nature logique; car Windscheid, après avoir défini le droit une puissance de volonté accordée par l'ordre juridique, se met en contradiction avec lui-même, lorsqu'il ajoute que l'assurance de moyens coactifs donnés par l'ordre juridique ne rentre pas dans l'idée de droit, l'ordre juridique étant, en effet, dans son acception commune, qui est, comme nous croyons l'avoir démontré, essentiellement vraie, un système d'actions et de réactions spécifiques (coactives) : il est vrai que Windscheid pourrait dire qu'il n'entend pas par là l'ordre juridique; mais alors il avait le devoir de le définir, ce qu'il n'a pas fait. Mais la faute principale n'est pas de démentir ce qu il semblait avoir implicitement admis : elle réside non dans la forme, mais dans le contenu.

1. V. notes à Windscheid, Vol. I, P. I, p. 539.

Windscheid dit que la différence entre la loi morale et la loi juridique n'est pas fondée sur la coactivité, qui est spécifique à la deuxième : il dit que, tandis que les préceptes de la loi morale sont des préceptes purs et simples, les préceptes de la loi juridique sont des préceptes qui subsistent en force d'autres; c'est-à-dire que dans la loi morale il n'y a que le devoir, dans la loi juridique le devoir vit en force du droit garanti[1]. Nous avons déjà traité en passant de la coaction comme élément du droit : nous nous bornerons, donc, ici à observer que le critère de la distinction entre les préceptes moraux et juridiques, adopté par Windscheid, ne nous semble pas concluant. En effet, il ne va pas jusqu'aux racines profondes des deux faits, ou, pour mieux dire, des deux aspects (moral et juridique) du fait social; il reste à la surface, ne regardant pas au fondement, mais seulement à l'origine de l'obligation. Encore, faut-il dire que, justement si l'on accepte la dernière théorie du droit adoptée par Windscheid, on ne peut pas logiquement parvenir à la conclusion à laquelle il arrive dans ce point; car si la volonté de l'ordre juridique est le fondement du droit, même subjectif, l'obligation juridique ne résulterait pas tant de l'existence d'un droit subjectif correspondant d'autrui, mais plutôt de la pure et simple existence de cette déclaration de la volonté de l'État, qui est donnée dans la règle juridique; enfin, on peut observer que le devoir moral dérive, lui aussi, en dernière analyse, de la coexistence sociale, la vraie source de toutes les obligations

1. V. WINDSCHEID, 37 n. 4. Vol. I, P. I, p. 172.

morales et juridiques, et ne diffère du devoir juridique que par ce caractère, justement, de la coaction spécifique qui est attachée aux jugements juridiques, et ne l'est pas aux jugements moraux[1].

Mais le point, à notre avis, le plus discutable, dans la théorie de Windscheid, qui ne fait que suivre Thon, est celui où il ne semble accorder l'existence des droits subjectifs que par délégation, pour ainsi dire, de l'ordre juridique. Il est vrai que le droit subjectif n'est que la faculté de faire ce que l'on veut dans les bornes de la loi; il est encore vrai que, de ce point de vue réaliste, où nous nous plaçons, on ne peut soutenir l'existence d'un droit subjectif sans l'existence d'un droit objectif, d'une règle expresse ou tacite correspondante. Mais, tout en soutenant l'indissolubilité des deux côtés du droit, du côté objectif et du côté subjectif, de la *norma* et de la *facultas agendi*, nous ne pouvons admettre que le fondement de la deuxième doive être recherché dans la première. Cela pouvait être reçu lorsqu'on acceptait la théorie théocratique du pouvoir, ou lorsqu'on admettait, avec Rousseau, qu'avec le contrat social chacun aliénât sa liberté, pour la recevoir, pour ainsi dire, criblée à nouveau par la société. Les théories étatistes sont plus près du contractualisme qu'on ne le croirait au premier abord. Mais si l'on accepte le concept de l'ordre juridique, que nous avons donné dans le Chapitre II, si l'ordre juridique nous apparaît comme un système de conditions existantes dans toute société, et si par conséquent l'État doit être conçu, non

1. V. aussi Fadda et Bensa, notes à WINDSCHEID, *l. c.*, p. 543.

point comme un don de la divinité ni le produit d'un libre accord des volontés, mais plutôt comme un fait, qui est la résultante des différentes forces des classes qui agissent dans la société, même le droit objectif, la règle qui émane de l'État, doit nous apparaître comme un règlement qui pourra, en quelque part, donner de nouvelles impulsions à la société, mais qui, pour sa plus grande partie, ne fait que refléter la condition des choses existantes. C'est la condition de fait, qui détermine aussi bien les droits subjectifs que la règle de droit. *Le droit objectif, l'ordre juridique reconnaît, garantit, assure la condition de fait (et les droits subjectifs en sont une partie), mais ne crée pas ces derniers.* Avec la théorie de Thon et de Windscheid on transporte le pivot de tous les droits subjectifs des individus à l'État, on ne reconnaît, au fond, qu'un seul droit subjectif, celui de l'État; *on détruit presque la notion du droit subjectif, en ne le concevant que comme un reflet du droit objectif.* Or, le droit objectif et le droit subjectif sont — et nous l'avons vu — inséparables, connexes comme les deux côtés d'une même lentille; mais de même qu'on ne peut pas dire qu'un de ces côtés est le fondement ou la cause de l'autre, *on ne peut soutenir, non plus, que l'État surgisse par une aliénation des droits individuels, ni que les droits individuels dérivent d'une concession de l'État.*

Et il est encore vrai que le droit subjectif est une notion qui va perdant de plus en plus la signification qu'elle avait dans l'ancienne école du droit naturel, d'une faculté de l'individu, indépendante du pouvoir et de la loi, pour s'accorder de plus en plus avec la no-

tion du devoir ou, pour mieux dire, d'une *fonction* sociale; *mais cela n'empêche pas que le fondement du droit subjectif ne réside encore, et pour toujours, dans la conscience humaine, et qu'il soit une liberté, reconnue, disciplinée, limitée par la règle juridique, par le droit objectif, et non une création de celle-ci* — conception, qui vise à faire triompher l'*esprit de socialité* sur l'esprit *individualiste,* mais qui finit par *détruire le premier, en détruisant l'autre.*

Windscheid considérait seulement les droits privés et non les droits publics; sa théorie devrait donc être élargie et complétée, si l'on tendait, comme le doit une théorie générale du droit, et une philosophie du droit, aussi au droit public. S'il avait considéré le droit public, Windscheid probablement n'aurait fait que s'associer à la théorie de ces autres maîtres allemands du droit public, qui conçoivent les droits subjectifs publics comme le produit d'une auto-limitation de l'État. En effet, cette théorie est tout à fait en harmonie avec la théorie « privatiste » de Windscheid, qui, même dans les droits subjectifs privés, ne voyait que des reflets, des délégations de la volonté de l'ordre juridique. Nous autres, au contraire, nous espérons trouver dans un concept du droit public — celui de liberté — le caractère de tout droit subjectif, privé et public.

Si la définition du droit subjectif ne peut pas se fonder — comme nous pensons avoir suffisamment démontré — sur la volonté, ni du titulaire du droit, ni, moins encore, de l'ordre juridique (ce qui n'a pas de sens) ou de l'État (ce qui donne la seule signification possible à l'expression), elle ne peut non plus se

fonder sur l'élément de l'intérêt. La formule, bien connue, dans laquelle Ihering — le principal représentant de cette théorie — semble résumer sa pensée, est celle de l'*Esprit du Droit Romain :* « les droits sont des intérêts juridiquement protégés[1] ».

On peut faire, et on a fait, plusieurs observations intéressantes sur cette doctrine et sur cette formule. D'abord, il faut remarquer que Ihering ne nous a pas laissé une théorie complète de l'idée de l'intérêt, bien qu'il se fût proposé de nous la donner dans cette œuvre sur le *But dans le droit,* qui, malheureusement, est restée incomplète[2]. Comme observe M. Donati, Ihering est parvenu à sa théorie de l'intérêt, par opposition à l'école de Kant, qui s'arrêtait à l'élément extérieur de la coaction; à l'école de Hegel, pour laquelle la substance du droit serait la volonté et la réalisation de celle-ci en constituerait le but; à l'école de Krause, qui, tout en ayant eu le mérite de reconnaître exactement l'élément subjectif du droit, n'a pas suffisamment insisté sur le côté formel ou extérieur[3]. Ihering a voulu dire que l'activité comme telle n'est pas le but de l'ordre juridique; que le droit n'existe point pour réaliser l'idée de la volonté juridique; que le droit existe pour garantir les intérêts de la vie, pour satisfaire à ses besoins, pour atteindre ses buts[4]. Ici, nous voyons clairement la liaison entre la définition donnée par Ihering du droit subjectif et sa théorie du droit objectif, conçu comme une « assurance

1. V. Ihering, 2, § 70. T. IV, p. 328.
2. V. Donati, pp. 69, n. 2 et 128, n.
3. V. *Id.*, pp. 65-66.
4. Cf. *Id.*, p. 67.

des conditions d'existence de la société par moyen de la force coactive de l'État[1] ».

M. Donati s'est donné, tout récemment, beaucoup de peine pour justifier son auteur et pour démontrer que Ihering n'a pas vu dans l'intérêt « le seul, l'exclusif terme du droit dans son moment subjectif. Son point de vue est bien plus ample et systématique; il consiste, en effet, dans un accord entre l'élément de l'intérêt avec celui de l'activité[2] ». M. Donati veut démontrer que la théorie de Ihering se résume dans la détermination de deux éléments, comme constitutifs du principe du droit subjectif : un élément substantiel, l'utilité, l'intérêt; un élément formel, la protection du droit, l'action judiciaire. D'ici descend — ajoute-t-il — la double définition du droit comme intérêt protégé juridiquement et comme auto-protection (*Selbstschutz*) de l'intérêt[3]. Mais le plaidoyer de M. Donati ne nous persuade point; car il nous semble qu'il ne réussit pas à vaincre l'illogisme, remarqué et critiqué par M. Del Vecchio[4], d'un droit qui serait, en même temps, l'objet d'une protection et cette protection elle-même.

A propos de la première définition de Ihering, que les droits sont des intérêts protégés juridiquement, on peut, d'abord, s'arrêtant aux expressions verbales, remarquer une *pétition de principe*, par l'introduction, sous autre forme, dans la définition, de ce même concept, qu'il s'agit de définir : en effet, la protection

1. Ihering, 3, I, p. 443.
2. Donati, p. 65.
3. *Id.*, p. 66.
4. V. Del Vecchio, 2 p. 137.

qui devrait être accordée aux intérêts pour les élever au rang de droits doit être, selon les mots de Ihering, une protection *juridique* : mais c'est justement cela qu'il fallait définir : qu'est-ce que c'est qu'une protection *juridique?*

Mais on peut encore observer que, même en accordant à Ihering que l'intérêt est le contenu de tout droit subjectif ou le but auquel il vise, sa définition confond le but avec l'essence du droit. Comme disait M. Bierling, il est vrai que le but du coffre-fort est d'assurer des valeurs contre le feu ou les voleurs, mais on ne peut pas dire que l'assurance contre le feu ou les voleurs soit *une définition logique* du coffre-fort[1].

Il semble que Ihering lui-même s'est aperçu de ces difficultés, lorsque, peu après, il substituait à sa définition les deux autres qui font du droit : 1° la sécurité juridique d'une jouissance, ou, pour mieux dire, d'une utilité, et 2° l'auto-protection de l'intérêt[2]. L'une de ces définitions n'évite point la première des remarques, que nous faisions tout à l'heure, de l'introduction dans la définition d'un équivalent de ce qu'on veut définir ; la dernière recèle un mystère, la transformation, la métempsycose d'un intérêt qui devient une protection de soi-même, une sorte... d'imperméable, qui se dresserait de lui-même pour se protéger contre la pluie. Mais, ce qui est plus grave encore, cette dernière notion introduit subrepticement cet élément de la volonté subjective, qui se trouvait dans la première explication de Windscheid, explication que cet auteur, comme

1. V. Bierling, 1, II Th., p. 60 n.
2. V. Ihering, 2, § 71, T. IV, pp. 339, 340.

nous avons vu, a dû, lui-même, abandonner. En effet, si l'intérêt, pour devenir un droit, a besoin d'une auto-protection, cette auto-protection ne peut être exercée que par la volonté, qui doit donc être mise en mouvement pour que l'intérêt soit sauvegardé — ce qui est démenti par ces droits, qui existent même sans que la volonté les protège.

Si le droit n'est pas l'intérêt, l'intérêt a toutefois une fonction importante dans la détermination du contenu du droit. M. Del Vecchio, qui fait une critique pénétrante de la définition du droit objectif de Ihering, en démontrant que son idée du droit comme d'un ensemble des conditions d'existence de la société assurées par moyen de la coaction extérieure exercée par le pouvoir de l'État, ne peut répondre à la totalité de la réalité empirique du contenu du droit que si ou l'on professe un optimisme *à priori* vis-à-vis de l'histoire, ou l'on entende la formule proposée d'une façon assez indéterminée, ne conteste pas que tout droit subjectif se rapporte à une utilité de quelque espèce, tout en remarquant que cette idée reste bien vague[1]. Il ajoute encore que chaque utilité ne constitue pas la matière d'un droit; qu'il y a des intérêts, même essentiels à la vie, pour lesquels aucune garantie juridique n'est possible; que, même là où une garantie juridique est possible et existe en fait, il n'est pas vrai qu'elle constitue autant de droits qu'il y a d'intérêts protégés par elle, et enfin que l'intérêt a seulement son principe et sa condition dans le droit[2].

1. V. Del Vecchio, 2, pp. 138 et suiv., 142-143.
2. V. *ibid.*, pp. 143-144, 147.

Nous pouvons admettre qu'il y a des intérêts, qui ne constituent pas des droits; mais nous devons toutefois nous rappeler qu'aucune action humaine n'est indifférente pour le droit; toutes les actions sont ou licites ou illicites, et s'il n'y a point d'action humaine qui ne réponde à un intérêt, si élevé qu'il soit (une action absolument désintéressée étant un monstre psychologique), il s'en suit que le droit ne peut se passer d'aucune action : ou il la garantit, d'une façon explicite ou implicite, ou il l'interdit. Ces réflexions expliquent encore ce que dit ensuite M. Del Vecchio : certes, tous les intérêts ne constituent pas la matière d'autant de droits; il y a des droits qui sont très dédéterminés, comme ceux qui résultent d'un contrat; il y en a, qui sont très indéterminés, comme le droit de nationalité ou de propriété, qui comprennent une foule de possibilités, de *licéités* (voudrions-nous dire), et justement pour cette raison, Vanni parlait d'un différent degré d'individuation de la garantie, de la tutelle juridique[1]. Enfin, remarquons-le, dire que l'intérêt a dans le droit son principe et sa condition est, tout au moins, équivoque. Car, s'il est vrai que l'intérêt, pour être protégé moyennant une coaction, doit être déclaré légitime par l'ordre juridique (dans ce sens le droit pourrait être dit le principe de l'intérêt) et si, par conséquent, on doit autoriser vis-à-vis des autres la prétention qui naît de cet intérêt (et dans ce sens le droit pourrait être dit condition de l'intérêt), la réciproque n'est pas moins vraie : l'intérêt pourrait être dit principe et condition du droit :

1. V. Vanni, pp. 112-113.

principe, car le sentiment d'une prétention qui doit être respectée ne surgit point si l'objet de cette prétention ne paraît désirable; condition, car ce droit subjectif ne peut prendre un aspect judiciaire, s'il n'est accompagné d'un intérêt spécial à obtenir cette déclaration judiciaire : en effet, point d'intérêt point d'action.

Nous admettons, donc, que tout droit subjectif sauvegarde un intérêt, si nous entendons par intérêt, avec M. Donati, non point l'objet du droit, mais plutôt l'élément prééminent de son contenu, et si nous regardons l'intérêt comme cet « état subjectif de réaction, qui est excité par le sentiment subséquent à la perception d'un besoin et régit les manifestations de la volonté intérieure[1] ». Mais, tout en accordant cela et admettant même que cet état accompagne le droit subjectif dans toutes ses phases, nous ne pouvons pas identifier le droit avec l'intérêt.

Nous renonçons aussi à mettre d'accord la théorie de Ihering et celle de Windscheid, soutenant, par exemple, que l'intérêt constitue l'élément matériel, interne, et la volonté l'élément formel, externe; car, pour les raisons déjà données, la volonté du sujet n'est pas toujours nécessaire pour faire naître des droits, et cette volonté ne doit pas être entendue comme celle de l'ordre juridique.

Qu'est-ce donc que le droit subjectif? Dans la critique des idées de Ihering nous nous sommes montrés plutôt favorables à une de ses définitions : celle qui identifie le droit avec la garantie de l'intérêt.

1. Donati, p. 114.

Mais cette garantie par qui doit-elle être exercée? Si elle doit être exercée par le titulaire, comme semblait croire Ihering dans sa dernière définition, on n'évite pas le reproche — nous l'avons vu — de recourir subrepticement à la volonté du titulaire. Mieux vaudrait dire que cette garantie est exercée par l'État. Mais alors on s'approche de la dernière conception de Windscheid, et même si on évitait de concevoir les droits subjectifs comme à la merci de l'État, (car la garantie de l'État n'est pas une création, mais plutôt une situation dans laquelle l'État ne fait que reconnaître des droits subjectifs existants), on considèrerait néanmoins plutôt le côté objectif du droit subjectif que son côté vraiment subjectif : on considèrerait plutôt ce qu'on pourrait appeler le droit subjectif objectivé que la véritable essence du droit subjectif.

Si l'on veut pénétrer dans celle-ci, croyons-nous, il faut remonter à la notion traditionnelle, qui considérait le droit subjectif comme une *facultas agendi*. Nous pouvons traduire *facultas* par *liberté*, en disant que le droit subjectif est une liberté garantie par le pouvoir, moyennant la possibilité d'une coaction vis-à-vis de celui qui voudrait la menacer, ou, pour tout dire en peu de mots, que *le droit subjectif est une liberté, garantie moyennant la coactivité étatique.*

Le mot *liberté* est pris dans son sens purement juridique, c'est-à-dire comme la faculté, la possibilité d'agir sans trouver d'obstacles juridiques, à savoir des sanctions qui empêchent d'agir par la menace d'une responsabilité. Mais une autre idée est impliquée dans

ce concept de liberté : l'idée de la faculté de ne pas agir, de ne pas employer ce droit. Nous ne pouvons, en effet, que nous associer à Fichte, lorsqu'il écrit[1] : « La loi morale impose catégoriquement le devoir; la loi juridique concède seulement, mais elle n'impose jamais qu'on fasse usage de son droit. »

Il y a des droits, où cet élément, qu'on pourrait appeler négatif, est tout à fait évident. Dans les droits d'obligations, par exemple, le *dominus* du rapport est tout à fait libre d'employer ou de ne pas employer sa faculté, de contraindre ou de ne pas contraindre son débiteur à l'exécution de l'obligation. Le droit de propriété, dans la définition duquel tels codes (le Code français, art. 544, et le Code italien, qui le suit, art. 436) ont introduit des mots qui désignent un caractère qui n'est pas spécifique de ce droit, car il est commun à tous les droits (« pourvu qu'on ne fasse pas des choses un usage prohibé par les lois ou par les règlements »), le droit de propriété lui-même comprend une foule de possibilités, toutes contenues dans les bornes du droit, parmi lesquelles il y a aussi la possibilité de ne faire aucun usage de la chose dont on est propriétaire. Il en est de même dans le droit public. Le droit de voter comprend aussi le droit de s'abstenir de la votation. Le droit de porter une plainte comprend la liberté de ne pas la déposer.

Mais ici se présente aussitôt une objection. Il y a des théoriciens et des philosophes du droit, qui font une distinction entre les actes juridiques, qu'on ap-

1. Fichte, I, pp. 51-52.

pellé facultatifs, qui sont ceux dont nous venons de parler, et les actes qu'on appelle obligatoires, qui seraient ceux que le sujet serait obligé d'accomplir, tels que la puissance paternelle, la tutelle, les offices publics, « qu'on a le droit d'exercer lorsqu'on en est investi, droit qui correspond pourtant à une fonction publique, et par conséquent à un devoir[1] ».

Mais il y a, à ce propos, à notre avis, une équivoque qu'il faut dissiper. Le malentendu naît à propos du sujet de ces prétendus droits.

Si l'individu n'a plus la liberté d'agir ou de ne pas agir, d'exercer ou de ne pas exercer son droit, il n'est pas, il n'est plus le sujet, le titulaire, le *dominus* de ce droit. Il n'est que le sujet passif, l'obligé. Il s'agit ici, non plus d'un droit, mais d'un devoir juridique. Le véritable sujet, le *dominus* du rapport n'est plus l'individu, c'est l'État, qui impose aux individus cette obligation, ce *munus*. Lorsque l'État, par exemple, impose comme un devoir de concourir à l'élection de tels représentants, c'est lui qui impose son vouloir aux citoyens. Les citoyens ne peuvent pas se refuser de porter leur vote, de même qu'ils ne peuvent pas se refuser de faire leur service militaire; ils sortiraient de la sphère de la licéité s'ils s'opposaient à ce commandement de l'État. Si le contenu de cette obligation — et on peut répéter la même chose, par exemple, quant à la tutelle ou à la *patria potestas* — rentre dans le patrimoine juridique de l'individu, qui, pourtant, a une action contre quiconque voudrait l'empêcher de l'exercer, vis-à-vis de l'État il

1. Vanni, p. 110.

n'est qu'un obligé, sujet passif, et non sujet actif, du droit.

Nous ne pouvons donc nous associer à M. Miceli qui, parlant de la bilatéralité de la règle juridique, dit que les obligations, que la règle impose dans le même temps qu'elle accorde des facultés, sont d'un double ordre : obligations imposées à celui même, à qui est concédée la faculté; obligations imposées à ceux qui doivent respecter cette faculté[1]. Conformément à ces idées, M. Miceli distingue une bilatéralité *inter-personnelle* et une bilatéralité *intra-personnelle*, qu'on trouve, par exemple, dans le droit de famille et surtout dans le droit public[2]. Mais nous croyons qu'un droit obligatoire est une *contradictio in adjecto.* Il est vrai que, dans la société moderne, on veut, de plus en plus, que toute a tivité humaine soit contenue dans ces limites qui sont imposées par les nécessités, toujours plus fortement senties, de la solidarité sociale; il est vrai que la propriété elle-même, ce pivot de l'ordre juridique bourgeois, est de moins en moins conçue comme « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ». Et il est vrai aussi que le droit, vu de son côté subjectif, est considéré de plus en plus comme un tissu de facultés qu'on *doit* exercer au profit, non seulement de soi-même, mais aussi de ses semblables. Mais on ne démontre ainsi rien que la nécessité de mieux régler les activités des individus qui, dans le régime libéral (né de la réaction au régime absolu précédent) étaient

1. V. Miceli, 2, partic. § 42, p. 172.
2. V. Miceli, 3, partic. § 67, pp. 176-178.

conçues d'une façon par trop atomique, sans des garanties suffisantes pour la solidarité sociale. Cela ne signifie, et ne peut pas signifier, que l'essence de tout droit subjectif, de toute faculté ne soit pas une liberté. On impose de nouvelles obligations, on change même des droits précédents en de nouveaux devoirs; mais les droits qu'on reconnaît et qu'on accorde aux individus ne sont et ne pourront être que des libertés.

Une autre objection à notre thèse paraît être faite par ces théoriciens du droit public, qui considèrent la liberté comme un droit particulier, un droit subjectif public. Mais, s'il est facile de tenir ce langage, il n'est pas si facile de délimiter le contenu de ce droit de liberté. On a fait des essais, l'un le plus ambigu de l'autre, pour déterminer ce contenu. Il y a des auteurs, qui ont compris dans ce droit si vague une foule de possibilités : le libre usage du corps, la propriété, la liberté d'occupation, de presse, d'association, la défense de la paix domestique, la libre correspondance, etc. Tel auteur a divisé les droits de liberté en trois catégories, selon qu'ils tendent à la satisfaction de besoins matériels, à la satisfaction de besoins idéaux, à la recherche du vrai. Tel autre les a divisés en libre existence, libre activité, libre jouissance[1]. Mais il est bien facile de voir qu'une foule de droits — mieux, que tous les droits privés — rentrent aussi dans ces catégories artificielles. M. Romano juge mieux lorsqu'il écrit qu' « il n'y a faculté, pour insignifiante qu'elle soit, créée par une loi ou un décret

1. V. Romano, pp. 167-168 et note.

quelconque, qui ne pourrait être énumérée parmi les droits de liberté », et lorsqu'il ajoute que, pour lui, tous ces droits « se réduisent à un seul droit », qui consiste « dans la possibilité d'ôter les obstacles illégitimes qui pourraient être opposés par les organes de l'État à l'exercice de toute faculté physique ou juridique ». Le tort de M. Romano, selon nous, est seulement celui de concevoir ce droit comme un droit spécial, un droit public subjectif, bien qu'il admette que ce droit est « un complément indispensable, non seulement de tous les autres droits publics, mais aussi des privés[1] ».

Pour nous, *la liberté est plus qu'un complément; elle est l'essence même de tous les droits, publics ou privés.* Et nous disons qu'elle en est l'essence, car, pour éviter les défauts que nous avons déjà critiqués, nous nous sommes bornés à donner une définition purement formelle du droit subjectif, sans point entrer dans l'examen du contenu de ce droit. Le droit ne peut pas être confondu avec l'intérêt, la forme avec le contenu[2]. Le droit est essentiellement une faculté; et cette faculté ne peut être qu'une liberté. Hobbes dit que la loi est un *vinculum*, le droit une *libertas*, mais il l'entend comme cette « *libertas naturalis*, a legibus

1. V. ROMANO, pp. 167 et n. 5, 168, 170.

2. « Le droit subjectif n'est pas un pouvoir de faire, mais de ne pas être empêché par les autres, c'est-à-dire d'être libre vis-à-vis d'eux. On peut dire que l'expérience juridique, qui est expérience pratique, contient, elle aussi, les deux facteurs que la critique a reconnus dans l'expérience théorique ou dans la connaissance : la matière et la forme, la donnée et la catégorie. La matière ou la donnée est, précisément, la somme des pouvoirs et des facultés de jouissance; la catégorie ou la forme, c'est le principe de liberté. » (PETRONE, **2**, pp. 83-84).

non constituta, sed relicta. Remotis enim *legibus, libertas* integra est[1] ». Il est clair que nous entendons le droit comme liberté dans un autre sens, non comme un *residuum* de facultés laissé par la loi, mais comme l'ensemble de facultés garanti par la loi. Nous ne faisons, en somme, qu'invertir les termes employés par Montesquieu : il définissait la liberté comme « le droit de faire tout ce que les lois permettent[2] »; *nous définissons le droit subjectif comme la liberté de faire tout ce qui n'est pas défendu par les lois.*

Notre définition comprend tant la sphère du droit privé que celle du droit public. Sans nous associer aux vieux auteurs, qui parlaient des droits individuels comme innés, antérieurs à la déclaration de l'État, nous ne nous associons non plus à ces auteurs modernes, qui conçoivent les droits subjectifs, et particulièrement les droits publics, comme le produit d'une auto-limitation de l'État. Ces écrivains s'arrêtent à la surface des choses; ils ne voient pas que l'État n'est qu'une expression des classes sociales; que, s'il est impossible aux citoyens d'avoir des droits sans un pouvoir, l'État non plus ne pourrait pas subsister sans les citoyens. Point de droit subjectif sans un droit objectif, sans une règle juridique. Mais l'État ne s'impose pas de limites à lui-même; il ne fait que reconnaître telles possibilités d'agir des citoyens comme licites, en entourant la liberté de tout citoyen d'une sorte de haie, constituée par ses défenses; l'État est fait pour les citoyens, non les citoyens pour l'État.

1. Hobbes, II, Cap. XIV, III, p. 319.
2. Montesquieu, Livre I, Ch. III, p. 188.

Tout droit subjectif est donc une *liberté reconnue par le pouvoir, qui en impose le respect*[1]. Ceci veut dire que cette liberté est garantie par l'État. Mais garantie comment? L'État ne peut donner une garantie qui ne soit une coactivité vis-à-vis de tous ceux qui voulaient menacer cette liberté. Justement pour cette raison que la garantie, abandonnée à l'initiative personnelle, pourrait mettre en doute la sûreté de cet équilibre qui forme l'ordre juridique, l'État monopolise pour ainsi dire, ces garanties individuelles. Les seules exceptions sont la résistance à l'autorité pour un acte illégitime et la légitime défense.

Mais la coaction est-elle nécessaire au droit? Windscheid, nous l'avons vu, croyait que non. Mais nous pensons qu'on ne peut partager son opinion. La coaction, ou pour mieux dire, la possibilité d'une coaction spécifique, est, comme nous avons vu dans le précédent paragraphe, un des caractères différentiels de la règle juridique. Les droits subjectifs, qui ne sont pas garantis par la coactivité d'une règle juridique, ne sont pas de véritables droits. « Les droits qui ne soient pas garantis par la force — écrivait Mario Pagano dans son *Rapport* pour la constitution napolitaine de 1799 — sont comme des desseins sans exécution, comme des idées non réalisées[2]. »

1. « Il diritto, considerato come *facoltà operante*, non è diverso della forza; ma altro non è che la stessa forza in quanto agisce in un senso conforme all'ordine. Esso veste per ognuno la forma d'*impero*, perchè l'uomo operante secondo l'ordine *deve* essere da altri o rispettato o secondato : rispettato, quando non offende l'altrui diritto; secondato, quando esige cio che gli è dovuto. » (ROMAGNOSI, 1, § 175, p. 560).

2. Apud ROMANO, p. 166.

25. Le droit qui, considéré du côté objectif, est une règle, et, du côté subjectif, est une liberté, n'est, en somme, qu'un système de garanties et de défenses, une délimitation de la sphère de licéité, entre laquelle tout homme est libre de se mouvoir à son gré.

Tout individu, de même qu'il est le centre d'une foule de rapports sociaux, qui constituent son état civil et social, est aussi le point où aboutit une foule de rapports juridiques, dans lesquels il est tantôt *dominus,* tantôt obligé, tantôt sujet actif et tantôt sujet passif. Et la sphère juridique de tout individu est différente de celle de tous les autres. L'ordre juridique est le système de ces rapports. Et il assure une réaction spécifique aux actions humaines. Cette réaction n'est que la garantie des droits subjectifs (y compris les droits de l'État) moyennant une coaction. Il n'est pas nécessaire que la coaction soit mise en acte, il suffit que la possibilité de la coaction subsiste, pour que le droit ait sa pleine valeur.

Il n'est pas scientifiquement rigoureux de parler, dans des matières comme celles-ci, d'un état normal et d'un état anormal. On ne peut donc dire que le droit soit dans sa situation normale lorsque la sanction de la loi a tant d'efficacité qu'elle suffit à prévenir toute violation du droit. On ne peut dire davantage que l'état normal du droit soit celui, dans lequel le droit apparaisse violé et où une réparation soit nécessaire.

Le droit dans l'état, qu'on peut appeler pacifique, et le droit dans l'état litigieux, ne constituent que deux aspects du même phénomène, deux faces, pour

ainsi dire, de l'ordre juridique. M. Unger a dit que le droit d'action est le droit sur pied de guerre, le droit *in sago*, en comparaison du droit en état de paix, du droit *in toga*[1].

Dans tous les droits il y a un sujet actif et un sujet passif; dans tous les droits, même dans l'état pacifique, est implicite une *prétention*, qui est garantie moyennant la coactivité étatique.

Si le droit, dans son ensemble, comme aspect du fait social, peut être regardé de deux côtés, selon lesquels il est nommé droit objectif et droit subjectif, le droit subjectif lui-même peut être regardé, à son tour, de deux côtés : selon qu'on y voit une propriété, pour ainsi dire, de la personne, et il est une liberté; ou selon qu'on le considère vis-à-vis d'autrui, et il est, justement, une prétention. La prétention n'est, donc, que la face extérieure du droit subjectif, qui s'identifie avec la face intérieure du droit objectif. « La prétention juridique — écrit M. Bierling — n'est jamais autre chose qu'une règle juridique vue du côté subjectif[2]. »

Mais, de même que droit subjectif et droit objectif sont si intimement liés qu'on ne peut pas concevoir l'un sans l'autre, les deux côtés du droit subjectif sont liés d'une façon inébranlable, si bien qu'on ne peut pas admettre aucune liberté sans une prétention correspondante. Il n'y a là aucun mystère : car liberté et prétention ne sont que les deux aspects, selon lesquels peut être considéré ce phénomène unique, qui est le droit subjectif.

1. V. Unger, 1, § 113, n. 13; p. 354.
2. Bierling, 1, II. Th., p. 69.

Le prince des procéduristes italiens actuels ne conçoit pas la prétention de cette façon, comme l'élément extérieur du droit subjectif, mais plutôt comme le droit subjectif contesté litigieusement, et, considérant, avec son habituelle pénétration et vivacité de style, le droit litigieux comme un droit ayant la valeur d'un point interrogatif, il dit que la prétention, c'est-à-dire ce droit, que l'arrêt des tribunaux peut démontrer inexistant, est tel qu'une chrysalide, qui ne soit encore devenue papillon[1]. Mais nous croyons que le point de vue d'où M. Mortara regarde la prétention, est trop étroit, car, sans considérer le droit subjectif dans toute l'expansion de sa vie, il se borne à l'examiner dans le moment où il est contesté. Ce point de vue peut être suffisant pour la procédure, mais il rétrécit l'horizon, dans lequel tout droit subjectif vit et se meut. Une pleine compréhension du phénomène de la *prétention juridique* est nécessaire pour la construction d'une théorie générale du droit, d'autant plus si elle soit conçue philosophiquement.

M. Hellwig identifie, au point de vue du droit civil, l'*Anspruchsrecht* et le *Forderungsrecht*, en rappelant la définition du § 194 du nouveau Code civil allemand : « das Recht, von einem Anderen ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen[2] ». Mais s'il est exact comme le dit ce même auteur, qu'« en général, toute prétention signifie un « rapport d'obligation[3] », on peut, encore mieux, considérer la prétention,

1. V. Mortara, II, pp. 540, 543, 544, 546-547, 566, etc.
2. V. Hellwig, p. 5.
3. Hellwig, p. 6.

croyons-nous, non point comme un droit, mais plutôt comme un élément, l'élément principal du droit subjectif.

Il est nécessaire de bien fixer ce point, qu'il n'y a point de droit subjectif sans un *Anspruch,* sans une prétention, et que cette prétention n'existe pas seulement dans l'état litigieux du droit, comme quelque chose de moins qu'un droit subjectif, comme un droit qui attende une confirmation, mais, au contraire, existe dès le moment que le droit subjectif existe, étant l'aspect extérieur de ce droit.

En effet, il n'y a pas un droit, qui soit tel, indépendamment de tel maintien d'autrui. Si ce maintien est tel qu'il ne lèse pas la liberté, qui constitue, comme nous avons vu, l'aspect intérieur du droit subjectif, son noyau, le droit vit de sa vie pacifique; si l'obligé exécute son obligation, si tous les citoyens s'abstiennent de porter atteinte à la propriété de tel propriétaire, il n'y a aucun motif pour que le titulaire de ces droits aille déranger les juges; mais pourrait-on dire qu'il n'ait pas de prétentions? Tout au contraire : il en a; et ces prétentions sont respectées. C'est seulement lorsque ces prétentions sont méconnues, lorsque ce droit est mis en doute ou en danger, que le droit fait place à la procédure, que le titulaire du droit contesté ou offensé fait recours à l'œuvre réparatrice de la loi et de ses organes. C'est ce que nous verrons tout à l'heure. Ici, nous devons dire encore quelques mots sur la prétention dans l'état pacifique du droit.

C'est M. Hellwig qui, dans deux parties du premier

livre de son ouvrage déjà cité[1], a parlé d'une façon magistrale des différentes espèces et de l'individualisation des prétentions. Il en a parlé en juriste, tel qu'il est, et il a fait même trop de ces divisions et de subdivisions, qui répondent à la construction du droit allemand, mais peuvent être épargnées dans la vision synthétique, que doit offrir une théorie générale du droit. Si le droit est, comme il doit être, bien précis, bien déterminé, s'il ne doit laisser aucune place à l'incertitude, M. Hellwig a raison lorsqu'il écrit : « L'existence d'une prétention a pour condition que les personnes du titulaire et de l'obligé soient déterminées aussi bien que le fondement de l'obligation et le contenu de la prestation. Une obligation ne peut subsister sans une *causa debendi* et celle-ci suppose à son tour une prestation déterminée, dans la réalisation de laquelle l'obligation se consomme. » Mais, peu de lignes après, il doit écrire, à propos du droit de propriété, ces mots bien significatifs : « Le *droit de propriété* forme le contenu positif de la propriété, etc., et n'est pas une prétention dans la signification du Code civil (allemand). Au contraire, le contenu du droit d'inhibition n'est autre chose, que la somme des prétentions, qui sont fondées contre les tiers. Elles dérivent d'une omission, ont leur fondement juridique dans l'existence du droit sur la chose, et ne sont pas moins déterminées subjectivement, parce qu'elles peuvent être exercées contre une personne quelconque[2]. »

1. V. HELLWIG, pp. 25-115.
2. HELLWIG, p. 25.

Sans discuter toutes les nombreuses opinions qu'on a énoncées sur la classification des droits subjectifs, ce qui nous porterait bien loin, et rappelant la nécessité de comprendre dans une théorie générale du droit aussi bien les droits publics que les droits privés, nous pouvons distinguer ces trois catégories :

1° Droits réels, qui ont un objet bien déterminé, qui consiste dans la chose ou telles choses matérielles, et un contenu de libertés très vague, car il comprend tous ces droits que l'homme a sur la chose qui lui appartient. Dans ce droit, il n'y a pas une seule prétention; il y a, au contraire, une somme de prétentions *erga omnes.* Sujets passifs des droits réels sont, donc, comme on dit, tous les justiciables. Et c'est contre chacun de ceux-ci que les prétentions, contenues dans les droits réels, peuvent s'armer, si elles sont méconnues.

2° Droits d'obligation, qui contiennent des prétentions bien précises à tel comportement des obligés. Le sujet passif est déterminé : c'est l'obligé, le débiteur, dans l'acception la plus large du mot. S'il satisfait à son obligation, la prétention du sujet actif s'éteint.

3° Il y a, enfin, une troisième catégorie, qu'on peut appeler la catégorie des droits de personnalité, qui est logiquement antérieure aux deux autres, parce qu'elle contient des droits (qu'on prenne garde à l'article : nous disons *des* droits, et non *les* droits, car les droits de cette catégorie ne sont pas tous des droits immédiats) non point innés, car il n'y en a pas, mais immédiatement liés à l'état personnel du sujet. Son contenu peut être indiqué d'une façon néga-

tive, comme comprenant toutes ces libertés, qui ne rentrent ni dans la première, ni dans la deuxième catégorie. Tout en n'acceptant pas l'idée de droits sur sa propre personne[1], car la personne est le fondement, le sujet actif ou passif de tous les droits, et ne peut pas être l'objet d'aucun droit, on doit admettre qu'il y a une foule de biens immatériels qui sont étroitement liés à la personne. Tous ces biens, appréciés juridiquement, donnent naissance à autant de prétentions. Si tout individu a des caractères propres, qui le différencient de tout autre individu, il possède aussi une foule de caractéristiques, qui constituent, pour ainsi dire, sa physionomie civile et sociale. Il appartient à telle famille, il porte un tel nom, il peut avoir des armoiries, il est l'héritier de tel individu qui vient de mourir, il exerce un commerce connu sous telle raison, il est citoyen de telle ville, de tel État, électeur, député, juge, avocat, médecin, etc. Il a, en somme, une foule de libertés; il peut accomplir, ou ne pas accomplir, une foule d'actions. Et si aucune action n'est indifférente pour le droit, on comprend facilement que chacune de ces libertés, qui sont garanties à cet individu, est un droit, et, pour cela, est liée à une ou à plusieurs prétentions, qui sont garanties, comme celles qui relèvent des droits réels, *erga omnes*, et s'individualisent, le cas échéant de la violation du droit.

Si la prétention existe, en effet, et est implicite dans tout droit subjectif, elle ne manifeste toute sa force

1. V. VANNI, pp. 130-134. — *Contra*, v., tout récemment, PETRONE, 2, pp. 114-129.

et ne s'individualise que lorsqu'elle est menacée ou violée. Liée à tout droit subjectif, même dans son état pacifique, elle n'apparaît dans toute son évidence de côté extérieur du droit subjectif que lorsque ce droit est méconnu.

Le mot *Anspruch* — écrit M. Thon — « désigne en général la possibilité de telle conséquence juridique particulière et comprend différents moyens donnés en vue de cela par l'ordre juridique[1] ».

A toute prétention correspond, en effet, si on regarde le droit de son côté objectif, une garantie, une tutelle (*Rechtsschutz*). Si *reipublicæ interest* que les particuliers ne se fassent point justice par eux-mêmes, il est évident que l'État doit leur fournir les moyens pour qu'ils puissent obtenir une réparation à toute violation de leurs droits.

L'ensemble des moyens ordinaires et extraordinaires, fournis par l'État pour assurer les droits des personnes et pour réparer leur violation, constitue la tutelle juridique. C'est donc aussi bien la magistrature que l'administration, la police autant que l'autorité consulaire ou diplomatique, les lois non moins que les règlements, qui forment cette institution fondamentale de tout ordre juridique — la tutelle juridique — qui est une garantie aussi bien du droit objectif que des droits subjectifs. « La prétention à la tutelle juridique — écrit M. Jellinek — consiste... toujours dans la faculté juridiquement garantie de mettre en mouvement des règles du droit public pour un intérêt individuel » et, trois pages avant, il avait écrit :

1. Thon, p. 257.

« La prétention la plus importante qui dérive comme du centre de l'état positif est celle à la tutelle juridique, qu'on peut désigner directement comme la note essentielle de la personnalité[1]. »

Nous n'avons rien à ajouter à ces mots pénétrants du maître allemand. Nous pouvons dire seulement que, dans les États les plus avancés, la tutelle juridique ne se limite pas à la réparation des droits qu'on affirme violés, mais aussi à la protection des intérêts et la réparation des intérêts violés. C'est en ce sens que M. Cammeo écrivait ce qui suit : « Un intérêt privé quelconque, qui peut même occasionnellement invoquer à son appui un article de loi ou de règlement, autorise à présenter un recours devant la IVe section (du Conseil d'État d'Italie), selon le texte de l'article 24 de la loi sur le Conseil d'État et selon la doctrine et la jurisprudence à ce propos. Pour cela, en droit italien, un commandement général quelconque, même s'il est émané pour l'avantage de l'administration, intéresse les citoyens, les autorise à une action, crée en eux des prétentions subjectives, oblige l'autorité qui l'émane, est fourni de sanction : il doit, en somme, être conçu comme une règle juridique[2]. »

Mais toute règle juridique n'est qu'un commandement général, pour *id quod plerumque fit :* il doit être individualisé dans le cas particulier présenté au jugement du magistrat. Par moyen de la décision du juge, le syllogisme se ferme : la majeure, est la règle

1. Jellinek, 2, pp. 127 et 124. — Cf. Richard, Ch. II, pp. 21-40.
2. Cammeo, 1, p. 36.

juridique; la mineure, le cas particulier; la conséquence est l'arrêt judiciaire[1].

L'arrêt n'est pas une règle juridique, car il ne contient pas un précepte général; il est seulement la confirmation d'un précepte légal. Si la jurisprudence était quelque chose de plus qu'une application de la loi, elle trahirait sa mission; et, au lieu de créer de nouveaux préceptes juridiques vifs et viables, elle ôterait leur force aux anciens, qui ont besoin de sûreté et de fermeté pour expliquer toute leur efficacité. Comme disait Bacon, « judicia... anchoræ legum sunt, ut leges reipublicæ[2] ». Si on déplace ces ancres, on jette le navire du droit en proie aux vagues.

Tout en admettant que la jurisprudence puisse interpréter les lois selon l'esprit des temps, en demeurant toujours dans les bornes de sa mission, nous nous déclarons donc ouvertement contraires à la fonction, qu'on appelle *prétorienne*, de la jurisprudence[3].

Il est vrai que toute loi n'est qu'un programme, une prévision, et que, pour la loi scientifique de l'hétérogénéité des buts, qui est valable même ici, le légis-

1. V., sur cette fonction logique de l'interprétation de la loi, bien d'auteurs rappelés par M. Gény, pp. 46-52. Son beau livre est, tout de même, une bataille contre « l'absolu de semblables idées » et « les exagérations, auxquelles elles ont conduit notre dogmatique » (p. 52), sans tomber, d'ailleurs, dans les exagérations d'une conception de la jurisprudence *créatrice* du droit. (V. surtout pp. 180-205, 220-239, 421-434.)

2. Bacon, *De dignit. et augm. scient.* Lib. VIII, Cap. III (*de Just. Universali*) aph. 73 (*Works*, I, p. 821). Cf. Essay LVI, *of judicature* (*Works*, VI, pp. 506-510).

3. V., pour une intéressante discussion sur l'interprétation de la loi, sur l'école du droit libre, et même sur les idées de M. Gé y Degni, *passim*, et partic. pp. 160-180 et 205-208.

lateur ne peut pas prévoir tous les effets qu'elle peut produire, et que ces effets sont l'œuvre de la jurisprudence. Et il est vrai que les juges « *doivent* décider toute question qui leur soit soumise », car « quelle signification pourrait-elle avoir, l'obligation imposée aux juges de ne jamais se refuser à la décision d'une controverse, si en réalité il y avait des questions qu'ils ne savaient pas résoudre? » Faut-il donc présumer, avec l'illustre juriste que nous venons de citer, que « le système des lois renferme des éléments ou principes avec lesquels on *peut* résoudre toutes les questions, fussent-elles ou non expressément contemplées dans des dispositions particulières[1]? » Au fond, nous croyons que oui. Car, même si la loi ne règle pas la question que le juge doit trancher ni même des questions analogues, même s'il doit constater ces *lacunes* de la loi, sur lesquelles on a tant discuté, il a toujours la réserve des principes généraux, auxquels il peut recourir sans sortir de sa mission, qui ne peut pas être une mission législative, et, dans l'hypothèse où il ne trouve dans la loi aucune disposition qui lui puisse fournir des lumières, il pourra, appliquant les principes généraux de *son* droit, juger de la façon que *son* législateur serait censé avoir établie dans l'espèce qu'il doit décider. Mais les arrêts judiciaires ne peuvent que démontrer si une loi est bonne ou mauvaise. La jurisprudence n'est qu'une expérience; elle ne peut, elle ne doit même changer une loi mauvaise dans une loi bonne. Car, au-dessus de l'intérêt spécial d'un particulier à un moment donné, il y a l'intérêt géné-

1. Gabba, 2, p. 199.

ral de tous les citoyens que les lois soient respectées.

Toute prétention juridique, qui est fondée directement ou indirectement sur une règle juridique, peut invoquer la loi à son appui, peut mettre en mouvement le rouage judiciaire. Mais quel est le rapport entre la prétention et l'action?

Il y a deux théories extrêmes, dont l'une, ne considérant que les rapports entre l'action judiciaire civile et le droit matériel à la protection duquel elle vise, exclut tout à fait l'action du domaine du droit public; tandis que l'autre, laissant de côté ces relations, ne considère l'action que comme un rapport de droit public. M. Mortara, considérant l'action judiciaire civile, dit, à propos de cette dernière théorie, qu'elle contient « plus qu'une exagération, un malentendu, dérivé de la vision partiale de l'argument. Car c'est différent dire que l'action est un rapport de droit public et affirmer que son contenu soit d'appartenance exclusive du droit public[1] ».

Déjà Hasse et Muther[2], mais plus explicitement Wach et Langheinecken[3] ont parlé d'une prétention à la tutelle juridique, d'une prétention à un arrêt (*Urteilsanspruch*), qui est, sans doute, un droit subjectif public. Ce droit, qui rentre dans la troisième catégorie de la classification que nous avons acceptée, celle des droits de la personnalité, est le droit que le citoyen a envers l'État, d'obtenir la protection juridique. Ce droit, considéré du côté intérieur, est, comme tout autre, une liberté : l'individu est libre

1. Mortara, II, p. 538. V. aussi p. 539.
2. V. Chiovenda, 1, pp. 51 et suiv.
3. V. Hellwig, pp. 145 et suiv.

de s'adresser ou de ne pas s'adresser aux tribunaux; et, considéré de son côté extérieur, il est, comme tout autre droit, une prétention : celle d'obtenir une conduite déterminée de tel organe de l'État.

Il n'y a ni contrat ni quasi-contrat entre la partie, entre le demandeur et l'organe de l'État. La conception contractualiste est tout à fait hors question. La fonction judiciaire, exercée par l'État, est une fonction de souveraineté; pour des raisons politiques visant à la paix sociale, l'État, le pouvoir, sauf dans des cas exceptionnels (état de nécessité, défense légitime), monopolise les raisons individuelles et, en substituant sa force à la force individuelle, restaure le droit violé. Les organes judiciaires ne peuvent prononcer, dans le procès civil, *ultra petita;* c'est le privé, l'individu qui leur donne l'impulsion. Mais il est évident que l'arrêt judiciaire doit être obligatoire même contre la partie qui a donné l'impulsion à l'action; *l'État, en restaurant le droit subjectif menacé ou violé, ne fait que restaurer l'empire de la règle juridique, du droit objectif correspondant au droit individuel et violé principalement dans le même temps qu'était offensé le droit subjectif.*

Le droit d'action est donc un droit subjectif public[1]; est l'expression de la prétention, que l'individu a envers l'État pour sa tutelle juridique. Nous sommes donc d'accord avec M. Langheinecken lorsqu'il iden-

1. « L'action est un bien et un droit à soi. » « L'action est... un droit pour soi, consistant dans un rapport entre la volonté d'un particulier et l'ordre juridique. » (Chiovenda, **2**, pp. 39 et 41. V. la discussion sur d'autres différentes théories sur l'action, *ibid.*, pp. 42-46.)

tifie l'*Urteilsanspruch* avec le *Klagrecht* (droit de porter plainte). M. Hellwig veut, au contraire, distinguer le *Klagrecht* et de ce droit public abstrait à une décision quelconque et du droit qui appartient au demandeur à cause du droit civil[1], et, après avoir examiné l'*Anspruch* au point de vue du procès, il persiste à distinguer l'*Anspruch*, même en ce sens, du *Klagrecht*, en définissant le *Klagrecht* « le droit de nature publique, que la loi de procédure attribue, à cause de la prétention, pour la tutelle et la réalisation de celle-ci[2] ». Mais, si cela est exact au point de vue de la procédure civile allemande, pour la théorie générale du droit on peut suivre les idées de M. Langheinecken.

Tout en distinguant l'action du droit matériel, M. Chiovenda la conçoit comme un de ces droits, que les auteurs allemands ont appelés *droits du pouvoir juridique* (*Rechte des rechtlichen Könnens* ou *Kann-rechte*) et qu'il appelle droits *facultatifs* ou, mieux, droits *potestatifs*, car ils s'épuisent dans une faculté ou mieux dans une puissance[3]. Mais nous ne pouvons pas nous associer à cette idée, parce qu'il n'est pas vrai que l'action n'ait pas pour contenu un devoir d'autrui, l'action consistant, comme tout autre droit, comme toute autre prétention (qu'on se rappelle les mots de M. Hellwig, que nous avons cités au commencement de ce paragraphe) dans un rapport d'obligation, dans un *Schuldverhältniss*, car c'est justement l'État, ou mieux l'organe étatique, investi du jugement sur

1. V. Hellwig, p. 145.
2. *Id.*, p. 157.
3. V. Chiovenda, 1, pp. 106 et suiv.

l'action, l'obligé. D'ailleurs, nous réfutons l'existence de toute cette catégorie de *droits potestatifs*, que M. Chiovenda, de son propre aveu, ne peut former sans *grappiller* des facultés dans tous les champs du droit privé et public. Que tout droit subjectif soit une faculté ou une puissance, il n'y a sur ce point aucun doute; nous-mêmes nous avons défini le droit subjectif une liberté. Mais point de droit sans une prétention; que, dans les droits que M. Chiovenda grappille par-ci par-là, tels que le droit de saisir tel acte juridique comme un mariage ou un testament, le droit à la séparation personnelle, la révocation d'une donation, le droit d'accepter ou de renoncer à un héritage, le droit d'exproprier pour cause d'utilité publique, il n'y ait pas de personnes qui soient tenues à aucune prestation envers le dominus, c'est une assertion gratuite. Une prétention est implicite dans tous ces droits, soit envers l'organe de l'État qui est juridiquement obligé à satisfaire ce droit, soit envers les personnes qui sont « *sujettes* — comme le doit admettre M. Chiovenda lui-même — de façon de ne pas pouvoir s'y soustraire, à l'effet juridique produit[1] ».

Après tout cela, nous pouvons dire, avec M. Mortara[2], que la définition de l'action qu'on peut préférer est encore celle des Romains : *actio est ius persequendi iudicio quod sibi debetur.* Mais il faut entendre *cum grano salis* ces derniers mots.

Le droit d'action est-il lié à l'*existence* de cet autre droit subjectif, privé ou public, à la protection du-

1. V. Chiovenda, 1, p. 109.
2. V. Mortara, II, p. 561.

quel vise l'action? Et faut-il que ce droit matériel soit menacé ou violé?

Celles que les Allemands appellent *Feststellungsklagen*, sont suffisantes pour répondre négativement à la deuxième question[1]. Lorsque le but autonome du droit d'action est simplement d'enlever l'incertitude sur l'existence d'un droit, comme par exemple il advient lorsque, pour interrompre la prescription, on propose une demande judiciaire seulement dans le but de faire déclarer l'existence d'un droit, bien que ce droit soit suspendu à un terme ou à une condition, lorsqu'on propose, sous forme d'action principale, des demandes de vérification d'écriture, on ne demande pas une condamnation, on demande seulement un arrêt qui puisse satisfaire à l'intérêt que tel droit soit assuré, même sans qu'il soit actuellement menacé ou violé.

Et que prétend-on avec l'action? C'est — répondent maints auteurs de procédure — un arrêt favorable. Nous le nions. Nous disons que ce qu'on demande n'est qu'un arrêt. Ce sera l'arrêt, qui dira si l'intérêt qui nous a poussés à agir, était lié à un véritable droit subjectif, ou si ce droit ne nous appartenait et ne nous appartient pas.

A propos d'un cas particulier, M. Calda a énoncé cette intéressante théorie : que, une fois obtenu un arrêt provisoirement exécutoire, « cette exécution est subordonnée *inter partes* à une condition résolutive impropre, *in præsens collata*, la condition de

1. V. Mortara, II, pp. 567-568; Hellwig, pp. 399-443; Chiovenda, 1, pp. 76-95, n. 68.

l'existence actuelle de la créance[1] ». On peut élargir le tableau, et considérer tout droit litigieux, c'est-à-dire tout droit qu'on conteste judiciairement, comme sujet à cette même condition résolutive impropre. Ce droit peut être aussi bien celui du demandeur que celui du défendeur.

Lorsqu'on agit, lorsqu'on propose une action, on ne fait qu'exercer un droit subjectif public, le droit à la tutelle juridique; mais ce droit ne peut avoir pour son contenu que celui d'obtenir un arrêt. Que sera cet arrêt, on ne peut le savoir.

Si on peut agir contre les magistrats pour déni de justice, et si on a des moyens ordinaires et extraordinaires pour faire réformer des arrêts qu'on croit injustes, après un arrêt définitif on doit se soumettre. L'acquiescement à la chose jugée est un des pivots de l'ordre juridique, comme nous avons vu dans le précédent Chapitre. Le droit subjectif, en d'autres mots, dès qu'il est litigieusement contesté, n'est, ni dans la demande du demandeur, ni dans l'exception du défendeur; il est ce qui sera déclaré par l'arrêt.

Bien plus : avec cette institution, qui a été mise en lumière par la procédure la plus récente, l'institution de la *préclusion*, qui considère les différents stades du procès comme autant de phases séparées, et, après l'accomplissement de certains actes de procédure ou par la décurrence de tels termes qui ferment ces stades, interdit à la partie d'accomplir d'autres actes du procès ou en général tout acte du procès[2], on doit

1. V. Calda, p. 37.
2. V. Chiovenda, **2**, pp. 717-720; Cammeo, **2**, pp. 72-74.

admettre qu'à chaque phase du procès il y a des droits bien définis pour les parties, qui devront se hâter à en profiter, si elles ne veulent que la préclusion les leur empêche peu après.

Si on a obtenu un arrêt d'exécution provisoire, on aura le droit subjectif d'obtenir l'exécution de l'arrêt. Mais supposons — objecte M. Calda — que l'organe étatique se refuse de procéder à l'exécution; et supposons encore qu'un arrêt subséquent vous ôte ce droit que le premier arrêt vous avait reconnu. Le fonctionnaire, qui sera toujours passible d'une peine disciplinaire pour s'être refusé à accomplir un acte de son ministère, ne sera pas tenu à vous refuser des dommages-intérêts[1].

Nous disons toutefois qu'on doit reconnaître le droit subjectif public à obtenir l'exécution provisoire de l'arrêt, indépendamment de la réelle existence du droit matériel contesté; sans quoi, cette institution de l'exécution provisoire manquerait à son but. Certes, celui qui fait exécuter l'arrêt sans être sûr de son droit, même s'il est de bonne foi, agit à ses risques, est sujet, en d'autres mots, à toutes les conséquences de son action, et éventuellement à reverser des dommages-intérêts à celui, contre lequel l'exécution a eu lieu, lorsque l'arrêt est réformé, ou si un nouvel arrêt méconnaît l'existence de ce droit matériel qui avait été déclaré par le premier, ou même pour de simples vices de forme. Mais cela ne suffit pas à infirmer l'existence du droit subjectif public à obtenir l'exécution de l'arrêt. A tout instant,

1. V. Calda, pp. 36-37.

tout individu a une sphère d'activité juridiquement précise, étant le droit une détermination de licéités et illicéités pour toute action humaine.

26. Après avoir examiné ce qu'on pourrait appeler l'actif du bilan du droit — à savoir la tutelle et la prétention — il faut que nous regardions ce que, pour poursuivre la métaphore, nous pourrions appeler le passif : c'est-à-dire la sanction et la responsabilité.

Point de prétention sans tutelle, point de responsabilité sans sanction. La responsabilité est le revers de la médaille de la prétention, si on considère le côté subjectif du droit; la sanction est le revers de la médaille de la tutelle, si on considère le côté objectif du droit.

M. Baviera, dans l'écrit que nous avons cité auparavant, après avoir rappelé maintes définitions de la sanction données par plusieurs romanistes[1], se plaçant au point de vue historique, observe que « sancire » et « sanctio » sont des termes qui impliquent originairement un concept sacral : « sancire » signifie consacrer. Et si, par dérivation, on les emploie pour indiquer l'ordre contenu dans une « lex », cela est dû au fait qu'*en origine, seulement* les lois de caractère

1. M. Pacchioni considère la sanction « cette partie de la loi dans laquelle sont contenues les dispositions propres à lui assurer le respect »; M. Costa, « l'ensemble des menaces relatives aux actes qui contreviennent avec ce qui est disposé par la loi »; M. Landucci, « la concession d'une façon d'agir (actio legis), la peine pour ceux qui contreviennent et la nullité de l'acte contraire »; M. Perozzi, « les dispositions visant à assurer l'obéissance de la loi »; Rudorff, « la prévision du cas de sa violation » avec différentes dispositions connexes (apud Baviera, pp. 201-202, n.).

pénal avaient la « sanctio », car elles contenaient *toujours* une « sacratio »... La « sanctio » était la clause *finale* d'une « lex » publique, où l'on établissait des dispositions propres à maintenir et conserver efficacité à la « lex » elle-même, comme telle[1] ». D'ici, le pas est bref à la définition des *Institutiones* de Justinien : « ...legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus. » (§ 10 I. II, 1.)

Si, au point de vue formel, la sanction peut être entendue comme l'acte souverain qui, en promulguant la loi, lui donne sa pleine efficacité juridique, puisque cette efficacité repose, en dernière analyse — comme nous avons vu — sur la coactivité, il est aisé de passer de la forme au contenu, en concevant la sanction, sous ce deuxième point de vue, comme *l'ensemble des conséquences prévues par la règle juridique ou implicitement comprises dans celle-ci*, ou, dans son sens plus étroit qui est aussi le plus commun, comme *l'ensemble des conséquences défavorables attachées à la violation de la loi; la menace de telle réaction spécifique de l'État, le cas échéant d'une action contraire à la règle juridique.*

La sanction est une menace qui s'adresse aux consciences des sujets; elle compte sur son efficacité pour assurer le respect à la loi. La sanction — écrit Romagnosi — « est cette fonction de la loi par laquelle elle se rend *inviolable* de la part de l'homme »; elle résulte, en dernière analyse, d'une connexion de biens ou de

1. Baviera, pp. 214-215. En effet, la *lex* à l'origine n'eut pour contenu que des règles de droit public. (V. *ibid.*, p. 222.)

maux[1]. La loi aurait d'autant plus d'efficacité que sa sanction devrait être moins appliquée, lorsque la seule menace de cette sanction possédait une force capable d'empêcher les violations de la loi. Mais c'est la possibilité de recourir à la coaction physique (privation de liberté et diminution du patrimoine), qui différencie la sanction juridique de la sanction morale, qui ou est présumée n'être qu'extra-terrestre (sanction des règles religieuses), ou relève de la conscience individuelle et n'est qu'un sentiment de dégoût, de réprobation (sanction des règles morales individuelles), ou dérive de l'opinion publique sous forme de blâme pour telle conduite (sanction des règles de la moralité positive).

Mais n'y a-t-il pas aussi des règles juridiques qui ne sont pas munies de sanction? Nous avons vu que si, mais nous avons remarqué aussi qu'elles sont assez rares, car, comme observe M. Cammeo[2], très souvent, lorsque même *prima facie* on ne découvre la sanction, on finit par déceler la légitimité d'une action pénale ou civile lorsque la règle est violée; que ces lois dépourvues de sanction ne sont pas de vraies lois, mais que néanmoins le seul fait d'être promulguées dans cette forme solennelle peut exercer une coaction psychologique efficace sur les sujets, qui reconnaissent avoir la générale obligation d'obéir aux lois.

La sanction, qui est une menace de responsabilité attachée à la prévision de la violation de la règle juri-

1. Romagnosi, 1, § 179, p. 561.
2. V. Cammeo, 1, pp. 17-21.

dique, est aussi une mesure de cette responsabilité. Montesquieu — remarque Janet[1] — « observe que toutes les lois sociales sont faites en faveur de ceux mêmes qu'elles frappent. Elles punissent la violation du droit, cela est vrai; mais elles protègent le droit dans la personne même de celui qui les viole ».

Sanction est, en somme, détermination de responsabilités. Mais qu'est-ce que la responsabilité? Quels sont ses fondements?

Qu'on fasse abstraction, pour un instant, de ce qu'il advient, de la pratique la plus constante de l'humanité. Et qu'on se demande : dès qu'un fait est advenu, dès qu'une action (telle que la violation d'une loi) a été accomplie, que peut-on faire contre ce qui a été, pour que ce qui a été soit comme non advenu? Évidemment rien : *factum infectum fieri nequit.*

Mais, si aucun fait n'est isolé, et, comme il a ses causes, il a ses conséquences, tout fait, de même qu'il est le produit d'une série inébranlable d'antécédents, est, à son tour, la cause d'une série de conséquences. Un fait, une action qui touche à tout être animé, produit dans celui-ci un mouvement de réaction. Les hommes ne peuvent pas se soustraire à cette loi, qui est une loi générale de la vie animale. Ce qui leur fait du bien produit en eux une réaction favorable; ce qui leur nuit réveille en eux une réaction contraire, défavorable.

Cette réaction ne peut, évidemment, détruire ce qui est advenu; ne peut briser cet anneau de l'éter-

1. Janet, II, p. 381.

nelle chaîne de causes et effets, constitué par le fait qui est déjà accompli.

C'est donc à un besoin d'expansion qu'obéit l'homme, en réagissant contre l'action. Cet instinct peut être dirigé, modifié par l'éducation morale, changé, même, dans un simple blâme de la conscience de l'offensé qui y associe son pardon, mais ne peut être retranché de la personnalité, car il répond au besoin de conservation, à la garantie de la place que toute personnalité occupe dans le monde.

La vengeance, qui dépend tout d'abord de cet épanchement, ne s'exerce pas seulement, dans les premiers temps de la vie humaine, contre l'action d'un autre homme, d'un être semblable, mais elle embrasse déraisonnablement toutes les causes qui ont produit une douleur à l'individu. L'expression imprécise — dans les premiers temps de la vie humaine — est choisie à dessein. L'enfant, qui aujourd'hui même se révolte contre l'armoire, sur une corne de laquelle il vient de se frapper la tête, ne fait que reproduire, inconsciemment, la coutume des anciens peuples, même civilisés comme les Grecs, qui excommuniaient d'une façon solennelle le javelot, qui avait tué un joueur. Les procès et les supplices des animaux ont fourni la matière à plusieurs recherches historiques fort curieuses, qu'ici il n'est pas nécessaire de rappeler.

La vengeance primitive n'est, donc, que le produit du besoin d'épanchement de l'offensé.

Lorsque, dans les anciens groupes sociaux, un membre d'un groupe était tué ou offensé par un membre d'un autre groupe, c'était tout le groupe de

l'offensé qui se mettait en armes contre le groupe tout entier de l'offenseur. Cette petite guerre — car à cela se réduisait la réaction — ne faisait que satisfaire au besoin de la vengeance. Mais cette réaction se proposait déjà, plus ou moins clairement, d'autres buts : de satisfaire au devoir social de la vengeance de sang; de produire, dans ce groupe, une perte au moins équivalente à celle que le groupe de l'offensé avait souffert, pour restaurer l'équivalence des forces, surtout des forces militaires; et enfin, de ne pas déchoir dans l'estimation, dans la considération des autres groupes, ce qui serait sans doute advenu si l'offensé ne fût pas vengé. Mais si le meurtre d'un homme entraînait la responsabilité collective de tout le groupe auquel appartenait l'offenseur, bien que pour celui-ci il pût être considéré, dans son groupe, comme un titre d'honneur, une preuve de bravoure; l'*homicide* (qu'on se rappelle l'étymologie du mot : meurtre d'un semblable; et on ne considère comme de vrais semblables, d'abord, que les membres du même groupe) s'il était commis dans le sein du groupe, entraînait aussi une vengeance, qui pourtant se compliquait avec d'autres éléments : c'est encore à un besoin d'épanchement qu'on obéissait en tuant ou en expulsant le coupable, mais on tendait aussi à un but religieux, celui de purifier le groupe de la tache de sang qui était censée dériver, encore plus que de la violation des lois humaines, de la violation des lois divines, et à un but politique, celui de rétablir la paix et de confirmer, par l'exemple de leur application, les coutumes qui régissaient le groupe, et le prestige du pouvoir et de ceux qui le représentaient.

Mais l'idée d'une réparation, et surtout d'une réparation pécuniaire, comme conséquence de l'action illicite, n'est qu'une idée dérivée, secondaire, qui naît assez tard dans la conscience humaine, surtout comme moyen de restaurer le droit violé, de réparer les conséquences de l'illicéité. L'idée de la *restitutio in integrum* est composée de plusieurs éléments, qui ne se présentent qu'à une conscience sociale évoluée. La responsabilité n'est, d'abord, qu'une responsabilité pénale.

« A l'origine — écrit exactement M. Calderoni — le paiement des dommages trouve sa justification plutôt dans ce fait que c'est un moyen par lequel la personne lésée peut être amenée à renoncer à son désir de vengeance, que dans les raisons, tout à fait indépendantes de toute finalité pénale, par lesquelles on les justifie aujourd'hui. » Et il rappelle l'évolution des *actions noxales*, « actions accordées contre le père de famille pour les dommages causés par les esclaves, et, dans le droit pré-justinianien, aussi par les enfants, actions dont le défendeur pouvait se libérer en livrant l'enfant ou l'esclave auteur du dommage »; ce qui s'explique historiquement, comme rappelle, dans ses *Pandectes,* Ferrini, « en remontant au temps où la vengeance privée était admise; le souverain domestique devait livrer l'offenseur à la communauté ou famille offensée, à moins qu'il ne préférât le racheter moyennant une compensation pécuniaire[1] ».

Nous verrons tout à l'heure l'importance que peut

1. V. Calderoni, 2, p. 178. — Ferrini, 3, § 601, pp. 730-731.

présenter cet éclaircisseemnt historique pour le fondement de la responsabilité civile. Ici, il nous suffit d'établir ces deux points importants : la responsabilité civile n'existe pas d'abord, mais est consécutive à la responsabilité pénale, et le déboursement d'une somme n'est, auparavant, qu'un moyen de composition ou du rachat du coupable; ce à quoi l'on vise, d'abord, est l'épanchement du besoin de vengeance, et non la réparation des dommages. Ce n'est qu'ensuite, après une assez longue évolution, que nous trouvons différenciées les deux sphères de la responsabilité pénale et civile. C'est donc aux peuples civilisés que nous devons avoir égard dans l'étude des critères de ces deux formes de responsabilité.

Examinons d'abord, avec la concision qui nous est imposée par la nature de cet ouvrage, les fondements de la responsabilité pénale.

« A tout instant — écrit M. Del Vecchio — le sujet a une attitude, qui lui est *imputable*[1]. » Le sujet est tel qu'il a été fait par son hérédité et par son milieu. Soit; mais toute conscience est une individualité, et toute individualité est une conscience. Ses volitions, ses actions dépendent de ce qu'elle est; et respectivement, elles réagissent — l'effet réagit sur la cause — sur la conscience, sur l'individualité dont elles dérivent.

Aucun fait n'est inutile. Tout l'univers n'est qu'un système de faits; et tout fait, même celui qui s'accomplit dans l'asile le plus secret de l'esprit (rien n'advient en dehors du monde physique), produit des consé-

1. Del Vecchio, 2, p. 18.

quences; toute idée trace son sillon, si petit qu'il soit, dans la conscience où elle se forme, même si elle est fugitive comme un météore. Le monde est un tissu d'atomes, et la conscience est un tissu de ceux qu'on a appelés, d'une expression heureuse, les *minimes psychiques.* La religion a bien vu l'importance des faits de conscience, lorsqu'elle a dit que de toute action et même de toute pensée l'homme doit rendre compte à Dieu.

L'homme crée une foule de choses, et se crée lui-même; il crée sa personnalité. Produit d'une série d'énergies, il est à son tour producteur. Les faits qu'il accomplit sont l'expression de ce qu'il est; mais ces faits réagissent à leur tour sur lui-même. On fait — pourrait-on dire — ce qu'on est; mais on est ce qu'on fait. M. Bergson écrivait avec beaucoup de finesse : « On a... raison de dire que ce que nous faisons dépend de ce que nous sommes; mais il faut ajouter que nous sommes, dans une certaine mesure, ce que nous faisons, et que nous nous créons continuellement nous-mêmes[1]. »

Les actions, que l'homme accomplit, peuvent être appréciées et par autrui et par lui-même. On peut, en effet, avoir un dédoublement de la conscience, dans lequel celle-ci exerce la fonction de juge sur ses mêmes produits; dans ce cas, « l'individu — écrit M. Calderoni[2] — fonctionne comme plusieurs individus, il constitue déjà une espèce de « collectivité ». Mieux vaudrait dire, peut-être, que la sanction de la

1. Bergson, p. 7.
2. Calderoni, **2**, p. 174 n.

conscience individuelle (sanction morale) n'est, elle aussi, qu'un produit de la conscience sociale, dont elle est le reflet : le remords — en effet — n'est qu'un résultat psychologique des influences sociales sur l'individu[1].

Mais quelle idée a-t-on dans l'esprit, lorsqu'on dit que l'homme est responsable de ses actions? Que ses actions produisent des conséquences dans le milieu dans lequel il vit, et qu'il doit être soumis à telles de ces conséquences, qui dérivent, par le lien de causalité, de ses actions. L'homme — écrit Aristote — est principe (ἀρχή) et père (γεννητής) de ses actions autant que de ses enfants[2]. Et, si cela est, c'est bien lui qui doit répondre des conséquences de ses actions, même s'il n'a commis telles de ces actions que parce qu'il a hérité de ses parents une constitution anormale. C'est le père, ce n'est pas (qu'on nous concède ce jeu de mots) le grand-père, des actions, qui doit en répondre.

La responsabilité — en entendant ce mot de la façon la plus large possible — est la qualité inhérente à l'homme social de supporter les conséquences de ses actions. Mais s'il est vrai, comme nous venons de dire, que les actions dépendent de l'état de la conscience, de la personnalité, on doit conclure qu'en dernière analyse on est responsable de ce qu'on fait parce qu'on est responsable de ce qu'on est.

Mais qu'est-ce que la responsabilité pénale? Elle

1. V. Dumas.
2. V. Aristote, 2, III, 7, 1113 *b.*; p. 52.

n'est, cela est évident, qu'une espèce particulière de la responsabilité en général.

Une collectivité a un intérêt tout particulier à ce que certaines actions ne soient pas accomplies, parce que chacune de telles actions, prise en soi, met en danger l'existence ou la paix de la collectivité (délits), ou parce que, même si chacune de telles autres prise en soi était à peu près sans danger, leur répétition, pour la facilité même de les accomplir, n'aidant aucune ou presque aucune idée morale à retenir l'individu de les accomplir, pourrait causer un ennui appréciable à la collectivité (contraventions). Ces actions sont déclarées illicites, ou par un Code bien précis, ou, avant la formation des Codes, par la coutume. Et pour que cette illicéité soit bien évidente aux yeux des individus, la collectivité menace, comme conséquence de l'accomplissement de ces actions, une privation qui touche directement la personne de l'individu, qui commettrait une pareille action.

Si la collectivité ou, dans les époques avancées de la civilisation, l'État qui la représente, a intérêt à ce que le droit, tout le droit, soit respecté, et si cette raison, associée à la défense que les particuliers se fassent raison par eux-mêmes, ce qui pourrait troubler la paix, explique l'intervention de l'État dans les différends de nature civile, *interest reipublicæ* d'une façon toute particulière que telles bornes des actions licites et illicites ne soient pas déplacées. C'est pour cela que, tandis que, lorsque telles obligations ne sont pas satisfaites, l'État attend, pour mettre en mouvement ses organes, que les particuliers le poussent à

agir, bien que, dans ce cas aussi, il y ait une violation d'une règle juridique, dans beaucoup d'autres cas, lorsque les règles violées sont censées être des plus importantes pour la paix sociale, c'est l'État lui-même qui prend l'initiative du procès. Même dans ce champ, toutefois, il y a tels cas, dans lesquels l'action de l'État ne s'explique que lorsque l'offensé porte sa plainte (délits d'action privée).

Les frontières entre le droit civil et le droit pénal se déplacent fréquemment : tel fait, qui était considéré comme délit auparavant, ne l'est plus aujourd'hui : M. Cruet a dit heureusement que « les délits ouvriers d'hier » sont devenus des « éléments du droit ouvrier d'aujourd'hui[1] ». Et plus facilement encore se déplacent les frontières entre les délits d'action privée et ceux d'action publique, parce que l'État considère que l'intérêt que les coupables de tels crimes soient découverts et punis est plus grand que ne serait, par exemple, l'intérêt que la pudeur des victimes ne soit offusquée, et parce qu'il espère que la menace de la loi sera ainsi plus efficace à prévenir telle espèce de délits.

Mais tout auteur d'un délit doit-il être puni? doit-il être considéré comme responsable devant la loi pénale? Doit-il subir les peines que la loi menace en conséquence de toute action pareille à celle qu'il a commise?

Voici un autre côté — le plus discuté et le plus difficile — du problème.

C'est ici — tout le monde le sait — que s'est livrée

1. V. Cruet, p. 143-146.

la grande bataille scientifique entre les partisans de l'école appelée classique et ceux de l'école appelée positive du droit pénal.

Comme beaucoup d'autres batailles scientifiques, celle-ci même eut origine d'un malentendu. On a cru, ou on a feint de croire, pour quelque temps, que les positivistes, en niant le libre arbitre, fondement religieux plutôt que philosophique de la responsabilité, niaient aussi la responsabilité pénale. Et, pour cela, on les a appelés les nihilistes du droit pénal.

Depuis Aristote jusqu'à Kant, c'est pour des raisons pratiques qu'on a affirmé et soutenu la liberté de la volonté. Aristote (ou plutôt un de ses disciples) qui dit : « si l'intempérant n'est pas libre, il n'est pas répréhensible (ψεκτός) ; mais l'intempérant est répréhensible, donc il est libre; la volonté donc est libre (ἡ ἄρα βούλησις ἑκούσιον)[1] », s'appuie sur un fondement analogue à celui de Kant, lorsqu'il affirme que « quand nous disons que, malgré toute la conduite qu'un tel homme a tenu jusqu'à présent, l'auteur du mensonge aurait pu s'en abstenir, cela signifie seulement cela : qu'il est immédiatement sous la puissance de la raison, et que la raison dans sa causalité n'est soumise aux conditions du phénomène et du cours du temps[2] », en d'autres mots, que l'imputabilité et la responsabilité dérivent de la liberté, qui est indépendante des phénomènes et relève du monde intelligible et non du monde sensible.

Ce n'est pas ici le lieu pour faire, ou refaire, une

1. Aristote, 3, A, 13, 1188 a, XIII, 4; p. 22.

2. Kant, 1, Elementarlehre, II. Th., II. Abth., II. Buch, II Hauptst., 9 Absch.; p. 444.

discussion sur les positions respectives des deux écoles du droit pénal. Il suffit d'affirmer que si quelque avocat a pu se servir des théories scientifiques de l'école positive pour soutenir, sur la base de l'état morbide de son client, l'irresponsabilité de tel criminel, ces théories, bien loin de proposer l'ouverture de toutes les prisons et d'affirmer l'irresponsabilité de tous les criminels pour le *grain de folie* que tout crime recèle en lui, ont proclamé, tout au contraire, la responsabilité de tous les criminels, en se fondant sur le danger social que tous les criminels présentent. Mais, en corrélation avec cette théorie du crime, les positivistes ont proclamé une autre théorie de la peine, en soutenant la nécessité de son individualisation.

Tout récemment, même certains adversaires du positivisme ont dû accepter le noyau des théories de l'école pénale positive, en voyant que le libre arbitre, bien loin d'être le soutien de la responsabilité, amènerait plutôt à sa destruction. Et, tout en reconnaissant que le mécanisme des peines ne répond pas à l'idéal de la justice, car beaucoup de crimes seraient imputables autant au criminel qu'à ses parents qui lui ont transmis une hérédité pathologique ou à la société dans laquelle il n'a trouvé aucun frein à ses instincts brutaux, ils ont vu que la peine se justifie pour la nécessité sociale de retrancher de la vie sociale tels individus qui ont violé l'ordre juridique, et ils ont fondé la responsabilité, et même la responsabilité pénale, seulement sur la conscience, sur l'autoconscience que l'homme a d'être la cause de ses actions.

M. Calderoni ne trouve pas ailleurs le fondement de la responsabilité pénale, lorsqu'il dit que, dans ce problème, on peut faire abstraction de la controverse séculaire entre le libre arbitre et le déterminisme, car il suffit qu'un fait ait été *voulu* par son auteur pour qu'il en soit responsable même devant la loi pénale[1]. La volontariété est donc condition nécessaire et suffisante pour la responsabilité pénale.

Si tel homme a voulu tel fait, il doit en accepter les conséquences. La loi pénale n'est qu'un ensemble de prévisions de conséquences attachées à telles actions : sa menace devrait fonctionner comme un rémora à l'accomplissement du délit[2]. On n'élève pas une objection contre la peine en observant que, malgré les peines, on a maints crimes, et que le chiffre des crimes malheureusement s'accroît. Certes, dit judicieusement M. Calderoni, « la peine idéale serait celle dont la menace suffirait à obtenir pleinement son effet, c'est-à-dire la peine... qui ne serait jamais appliquée ». Mais il ajoute, avec beaucoup de raison, que même si « on n'arrive jamais à ce résultat », même si « la menace pénale ne réussit que rarement à détourner tous les « malintentionnés » du délit », elle « peut apparaître parfaitement justifiée si elle arrive à ce résultat d'en détourner un *certain nombre*[3]. »

La loi pénale contient donc un ensemble de menaces, qui sont censées être des motifs pour que les hommes s'abstiennent du délit, autant de contre-

1. V. Calderoni, 2, pp. 179-183.

2. Romagnosi écrit : « La forza *repellente* della *pena* preveduta dee vincere la forza *impellente* al delitto immaginato. » (3, § 335, p. 108.)

3. Calderoni, 2, p. 183.

excitations (*controspinte*), pour employer des expressions célèbres, à l'excitation criminelle (*spinta criminosa*). La peine a encore le but, si possible, de corriger le criminel; et, enfin, le but politique d'empêcher la vengeance privée, l'État se substituant aux offensés. Ce triple but est implicite dans la formule de l'école pénale positive — de la *défense sociale.*

La responsabilité pénale est, donc, une responsabilité subjective, liée à la personne du coupable, et est établie non tant *quia peccatum est, sed ne peccetur.*

Passons, à présent, à la responsabilité civile et à ses fondements. Cette question — des dommages qui doivent être réparés — est une des plus difficiles de tout le droit; nous ne pouvons que l'effleurer dans ce travail de nature générale.

Nous avons dit que l'éclaircissement historique, que nous avons rappelé, sur les *actions noxales* avait beaucoup d'importance pour expliquer le fondement de la responsabilité civile. En effet, le pas est bref de cette pratique de payer une somme pour ne pas livrer son esclave ou son enfant à ceux qu'il aurait endommagés, à deux autres pratiques : l'une, de pouvoir se soustraire à la peine en dédommageant l'offensé; l'autre, de répondre avec son patrimoine des fautes commises par autrui, si le coupable est soumis à sa *patria potestas*, ou, en général, dépend strictement de soi, de façon qu'on puisse être inculpé ou de ne l'avoir pas veillé, ou de l'avoir choisi comme représentant (*culpa in vigilando* et *in eligendo*).

C'est l'origine historique de la responsabilité civile qui explique, selon nous, le préjugé obstiné de tant

d'auteurs, tels que Ihering, qui disait que le principe « point de responsabilité civile sans faute » est aussi simple que celui du chimiste disant que ce n'est pas la chandelle qui brûle, mais l'oxygène contenu dans l'air, ou Zink, qui le concevait comme un principe de *ratio scripta*[1] ; c'est cette origine historique qui, exerçant son influence sur toute l'évolution de l'institution, empêche ou retarde le triomphe de cette idée, que la responsabilité civile, responsabilité patrimoniale et non personnelle, est une responsabilité objective et non subjective.

La responsabilité civile résultant du délit ou du contrat est aisée à expliquer. Dans le premier cas, elle n'est qu'une sorte de supplément ou de succédané de la responsabilité pénale : pour réparer la paix troublée, on veut non seulement que l'auteur du délit expie telle peine, mais aussi dédommage la partie lésée, autant que possible, du dommage qu'il lui a causé (on peut même trouver un brin de cette idée du dédommagement dans le rétablissement de l'équilibre des forces, notamment des forces guerrières, qu'on tâchait obtenir avec la vengeance primitive) ; ou l'on concède, en certains cas, à l'offensé, le choix entre l'action pénale et l'action civile, en lui interdisant la première s'il a intenté la deuxième.

La responsabilité pour l'inexécution d'un contrat est une conséquence que le débiteur était en état de prévoir lorsqu'il concluait le contrat. Il y a même tel auteur, qui, d'après la maxime *nemo ad faciendum cogi potest*, voit l'essence de l'obligation dans cette

1. V. MATAJA, pp. 12-13; COVIELLO, p. 189.

alternative, ou d'exécuter la prestation ou de dédommager le créancier[1].

Mais la responsabilité civile pour faits d'autrui est bien moins aisée à expliquer, la *culpa in vigilando* ou *in eligendo* qu'on présume n'étant, en général, qu'une pure fiction, et un souvenir historique du déboursement d'une somme pour racheter l'enfant ou l'esclave coupable. Pour les dommages apportés à autrui par une chose, M. Gabba justifie le dédommagement en disant qu'il paraît « équitable et convenant » que le propriétaire considère comme inhérent à la chose tout ce qui provient de sa virtualité ou de sa nature, et par conséquent qu'il en souffre les dommages de même qu'il jouit de ses avantages[2]. La raison de la responsabilité pour pareils dommages inimputables est ce principe très général du droit, qui est l'équité, ce principe « que tout droit existe et est reconnu par la loi, comme condition de la pacifique coexistence sociale, et non comme moyen ou cause de rendre impossible cette coexistence[3] ». Ce sont aussi des raisons d'utilité, d'intérêt public qui ont conseillé le préteur romain — selon M. Barassi[4] — à établir la responsabilité civile de l'habitant d'un local, d'où l'on eût jeté quelque chose en bas, dans des lieux publics, et la responsabilité du *caupo, nauta* et *stabularius.* Mais si même dans l'ancienne Rome on était parfois embarrassé de rattacher la responsabilité à la *culpa,* la vie moderne, avec sa complication

1. V. BRUNETTI, *passim*, et pp. 404-407.
2. V. GABBA, 3, p. 269.
3. *Id.*, *ibid.*, p. 254; v. aussi p. 257, 262.
4. V. BARASSI, 2, XXIII, p. 335.

toujours croissante de rapports, fournit tant d'exemples de dommages produits en dehors des causes qu'on était accoutumé à considérer, que, si l'on veut justifier le dédommagement, on doit recourir à d'autres principes que les traditionnels. « Le dommage — écrit M. Calderoni — se présente comme le fruit d'une collaboration plus ou moins large de volontés ayant contribué à créer ce concours spécial de circonstances qui en rendaient l'éventualité plus ou moins probable, collaboration à laquelle le plus souvent la personne lésée elle-même n'est pas étrangère. » Selon les intéressantes idées de ce même auteur, la loi suit le système le plus économique lorsqu'elle rattache la responsabilité civile à l'acte volontaire, si acte volontaire il y a, ou lorsqu'elle tend à suivre, en général, la ligne du maximum de volontariété; et c'est encore au principe du moindre effort qu'elle obéit, lorsque, quelquefois, elle « saute une marche sur l'échelle décroissante de la « volontariété », pour rechercher, par delà celui qui serait désigné comme le plus direct auteur du dommage, quelque personne, moins directement en relation il est vrai avec le dommage survenu, mais mieux pourvue des moyens matériels pour répondre[1] ».

Mais, bien qu'en tout cas on puisse trouver un élément de volontariété, il y a des cas, où cette volontariété est réduite au minimum. C'est ici que se présente le cas fortuit. Les Romains disaient alors que les dommages devaient être supportés entièrement par celui qui les avait reçus. *Casus a nullo præstantur,*

1. V. CALDERONI, 2, pp. 195, 193, 197.

casus sentit dominus. Dans ce principe, qui exclue toute responsabilité civile, tout dédommagement lorsqu'on ne peut imputer le dommage, même très indirectement, à personne, on voit très marquée la trace de l'origine historique de cette institution de la responsabilité civile, née, comme nous avons vu, après la responsabilité pénale et comme un moyen pour éviter celle-ci. Mais si la tradition romaine a eu tant de poids sur les juristes et les a influencés de façon qu'ils ont admis « presque les yeux fermés » ce principe *casus a nullo præstantur*[1], ils ont dû, toutefois, admettre bien de réserves et d'exceptions.

Ce fut, sans doute, pour une raison politique et sociale qu'on dut admettre la responsabilité civile des patrons pour les accidents de travail survenus à leurs ouvriers. L'histoire de cette réforme législative est bien instructive. D'abord, on disait *casus a nullo præstantur ;* tant pis pour les ouvriers endommagés. Puis après, lorsque la classe ouvrière fit sentir sa force politique, son influence sur l'État, on commença à considérer selon de nouveaux critères de justice les rapports entre les patrons et les ouvriers. On n'eut pas aussitôt le courage de proclamer le principe de la responsabilité objective du patrimoine du patron; et on essaya le détour de l'inversion de la preuve : présomption de faute dans le patron. On vit que ce système se prêtait, à son tour, à trop de complications et de chicanes. Et on introduisit, enfin, le principe dit du risque industriel, qui masque celui de la responsabilité objective, sous le prétexte que

1. V. Calderoni, 2, pp. 201-202.

cujus commoda et ejus incommoda, comme si l'ouvrier n'avait pas un intérêt, un *commodum* lui aussi dans l'industrie. La vérité est que dans ce cas la responsabilité civile des patrons, avec le droit, devenu ensuite un devoir, d'assurance, tenait lieu d'un véritable impôt sur le patrimoine de ceux-ci, impôt payé en faveur des ouvriers[1]. En effet, pour ne pas arriver à poser franchement le principe juridique de la responsabilité objective, on recourt à des voies traverses, puisées dans la morale ou dans l'économie : on dit qu'on doit prendre garde « au rapport de la condition patrimoniale réciproque », « à la supportabilité économique », que le courant humain du temps moderne, qui reconnaît que l'État doit prêter sa force à ceux qui sont économiquement les plus faibles, doit même dans le droit privé faire poser le principe : *richesse oblige*[2].

Mais ces considérations, bien que très importantes, ne sont pas, à notre avis, concluantes, au point de vue juridique, quoiqu'elles proviennent d'un juriste savant et profond tel que M. Unger. Mieux vaut que le droit prenne en considération ce fait, que, pour l'entrelacement des rapports de la société moderne, même en ne sortant pas de la sphère de son droit, de sa licéité, on peut apporter beaucoup de dommages à autrui. Si, au point de vue de l'économie, on peut dire que même *qui suo jure utitur, omnes* — ou, au moins, *multos* — *lædit*, car, comme, en se mouvant, on déplace de l'air, tout profit de l'un est un dommage pour autrui, et le cultivateur, par

1. V. Calderoni, 2, pp. 198-199.
2. V. Unger, 2, p. 140.

exemple, qui vend ses fruits au marché, en augmentant l'offre, fait diminuer le prix, même au point de vue juridique on ne peut absolument plus dire que *qui suo jure utitur neminem lædit.*

On a récemment imaginé une nouvelle figure juridique, celle de l'*abus du droit.* Cette figure nous paraît hybride, parce qu'elle est née d'un mariage entre le droit pénal et une doctrine civile, et vexatoire, car, si le droit est une liberté, il est assurément vexatoire d'empiéter sur le terrain de ce droit pour y inspecter une intention d'employer ce droit dans le seul but de nuire à autrui. Mais cette théorie, bien qu'insoutenable, selon nous, au point de vue logique, reste importante, comme indice de la nécessité d'une prochaine transformation de telle partie du droit. Liée à la vieille conception qu'il ne peut y avoir une responsabilité civile sans une illicéité, la théorie de l'abus du droit apporte, par son existence même, une contribution à la théorie nouvelle de la responsabilité civile objective, de la responsabilité du patrimoine. En effet, la théorie de l'abus *du droit* ne serait pas née, si l'on n'avait vu des dommages causés à autrui même par tel individu, qui ne serait sorti des bornes *de son droit.* La nécessité de trouver un compromis entre l'utilité du dédommagement de celui qui avait souffert le dommage et le vieux principe qu'on ne peut pas admettre responsabilité civile sans une imputabilité, a donné la vie à cette théorie, qui soutient l'obligation du dédommagement même de la part de celui qui ne serait pas sorti de la sphère de son droit, et, pour justifier, selon les vieux principes, cette obligation, est contrainte à recourir à une ana-

lyse vexatoire des motifs mêmes de ces actions, que le *dominus* du droit aurait accomplies sans sortir des bornes de celui-ci.

Ce serait mieux — pensons-nous — qu'on eût enfin le courage de proclamer le principe de la responsabilité civile objective, de la responsabilité du patrimoine appartenant à celui qui a lésé le droit d'autrui, soit que cette lésion dérive d'un crime ou d'une faute, d'un acte commis par lui-même ou par ses représentants, d'un acte rentrant ou sortant du droit du *dominus*.

L'équitable critère de cette responsabilité (et il vaudrait mieux, aussi, employer un autre mot, la *responsabilité* rappelant l'idée de l'*illicéité*) est la lésion constatée d'un véritable droit, et non d'un simple intérêt, c'est-à-dire d'un intérêt protégé par une règle juridique. Mais, ce point admis, il faut élargir le champ de la responsabilité civile, car l'intérêt de l'État, qui représente toute la collectivité, est que les dommages soient réparés.

Pour prévenir les objections et pour apaiser les doutes de ceux qui pourraient voir une injustice dans cet élargissement de la responsabilité civile, il n'y a qu'à penser à ce magnifique instrument de la vie économique moderne, qui est l'institution de l'assurance. Si la responsabilité civile n'est que la responsabilité du patrimoine, rien n'empêche qu'on se délivre des risques dérivant de cette responsabilité patrimoniale, en payant une cotisation annuelle à un institut qui substitue son patrimoine à celui du particulier, jusqu'à une certaine somme ou pour telles catégories d'actions, lorsque le privé serait tenu à dédommager autrui.

Cette institution — tout le monde le sait — fonctionne déjà pour plusieurs catégories de dédommagements dérivant de la responsabilité civile. Mais dans ce champ — croyons-nous — il y aurait encore beaucoup à faire. Et si quelqu'un peut croire que l'assurance, en délivrant l'assuré de la crainte du dédommagement, soit, en quelque sorte, un encouragement à son imprudence, en lui ôtant le danger des conséquences financières de ses actes, on peut répondre à cette objection, en admettant — (dès qu'on a accepté le principe de la responsabilité civile objective, du patrimoine, indépendamment du délit ou de la faute) — la possibilité, le droit dans l'institut d'assurance d'une répétition contre l'assuré pour les dédommagements qu'il aurait dû payer pour des dommages produits par faute, par faute grave si l'on veut, de l'assuré. La prévision de cette possibilité, d'aller *ultra* les conditions de l'assurance, serait — pensons-nous — un rémora suffisant contre l'imprévoyance de l'assuré.

27. Quelques lignes suffiront pour la conclusion de ce Chapitre.

De ce que nous venons de dire, il résulte clairement que le postulat de la garantie, comme de la prétention, de la sanction comme de la responsabilité, est l'existence d'un ordre juridique. Mais ce postulat n'est nullement métaphysique, car, l'ordre juridique étant un aspect nécessaire du fait de la coexistence humaine, il se lie immédiatement à ce fait de l'existence de la société.

On parlait autrefois d'un contrat social, et on parle aujourd'hui d'un quasi-contrat social. Nous pouvons

nous associer à M. Duguit, qui n'approuve pas le détournement de cette expression « du sens précis qu'elle a dans la technique du droit romain et du Code civil[1] »; en effet, rien n'est moins *volontaire* que le fait de la naissance, par laquelle on vient faire partie de la société. Mais il n'est pas exact, non plus, de parler de la solidarité sociale comme d'un fait. Le seul fait, dont on puisse parler, dans une conception réaliste, est le fait de la coëxistence humaine.

Ce fait peut être apprécié, comme nous avons démontré, sous plusieurs points de vue.

L'économie conçoit la vie sociale comme un système d'échanges; la morale comme un système de devoirs; le droit comme un système d'obligations.

Si à tout droit correspond un devoir, tout droit se résout, en dernière analyse, conçu dans sa totalité, dans ce *vinculum*, qui est l'obligation. Si tout droit subjectif est une liberté, tout droit objectif est une règle : et, par conséquent, à toute liberté correspond une responsabilité du *dominus* lui-même du droit, qui ne doit pas concevoir sa liberté comme une licence, s'il ne veut que la tutelle, que la règle juridique lui accorde, cède sa place à une sanction.

Le progrès du droit, qui est une extension de libertés, est aussi un élargissement de responsabilités.

Grotius disait que « juris naturæ *est* stare pactis » et que « ab hoc ipso fonte jura civilia fluxerunt[2] ». On peut paraphraser ses mots, en disant que « stare pactis » est, précisément, l'essence de l'ordre juridique,

1. V. Duguit, 1, p. 8.
2. Grotius, *De jure belli ac pacis. Proleg.* 15. T. I, p. 10.

système et garantie de toutes les obligations, qui dérivent de l'appréciation juridique de la vie sociale. Mais on peut encore observer que si la règle juridique est et doit toujours être une émanation de la volonté souveraine de l'État, et si l'État doit subsister aussi longtemps qu'il y aura société, au moins comme tutelle et garantie des obligations, les règles juridiques, dans la formation desquelles l'État requiert souvent la collaboration des classes, des catégories des citoyens particulièrement intéressés, apparaissent, de plus en plus, comme une sorte de compromis entre les différentes classes sociales[1]. Ce qui prouve, encore une fois, que l'idéal qui inspire la vie juridique de notre époque est un idéal contractuel.

1. Marsile de Padoue disait : « Lex illa melius observatur a quocunque civium, quam sibi quilibet imposuisse videtur. » (*Defensor pacis*, I dictio, Cap. XII ; p. 170.)

CHAPITRE V

L'IDÉE DE DROIT ET L'IDÉE DE JUSTICE

28. *Différenciation du droit et de la justice.* — **29**. *Eléments et aspects de la justice.* — **30**. *La justice et le progrès du droit.*

28. Après les considérations, que nous avons développées dans les chapitres précédents, il nous suffira de peu de pages pour déterminer, dans cette conclusion, les caractères différentiels entre l'idée de droit et l'idée de justice.

Dans l'ordre juridique, auquel nous avons consacré ce livre, rien n'est plus nécessaire que la précision des idées. Elle ne correspond pas à une nécessité purement théorique, mais — bien que la théorie ne soit pas la pratique, et n'ait même pas la prétention d'imposer des règles impératives à l'action — l'utilité de cette précision des idées se fait sentir, toutefois, dans la vie quotidienne. C'est justement la confusion de ces deux idées — de droit et de justice — qui est, croyons-nous, la racine d'une foule de malentendus, non seu-

lement de la théorie juridique, mais aussi de la vie pratique.

Lorsqu'on parle, par exemple, d'une *justice*, qui se trouve à tout point de l'évolution sociale, ou d'un *droit* au produit intégral du travail; d'une *justice*, qui autorise telles ou telles prétentions, ou d'un *droit* à recevoir une rétribution plus large que celle qui est fixée dans un contrat qu'on a stipulé, on emploie pêle-mêle non seulement deux mots, qui, dans certaines significations, peuvent être considérés comme des synonymes, mais aussi deux concepts qui, tout étant apparentés, ne doivent moins être distingués l'un de l'autre.

L'idée de droit et l'idée de justice ont la même origine; elles naissent dans la conscience humaine comme expression de sa réaction sur le milieu. Elles ne sont point une pure connaissance; elles représentent une appréciation, un jugement, une évaluation de ce qui est. L'une, comme l'autre, embrasse toutes les actions humaines, et ne s'étend aux faits naturels que par métaphore : c'est toujours une métaphore l'anthropomorphisme, qui est un des traits les plus communs et les plus connus des premiers âges de la civilisation. Le droit, comme la justice, enfin, introduit une distinction, une discrimination entre les actions.

Nous admettons encore que la différenciation entre l'idée de droit et l'idée de justice ne se fait que dans le cours du développement historique. Bien que nous croyons — comme nous allons voir — que l'idée de justice appartienne à la morale, nous n'avons qu'à rappeler ce que nous disions dans les Chapitres précédents, que le critère juridique ne se distingue que peu à peu du critère moral.

Droit et morale sont d'abord indifférenciés.

Tandis, en effet, que le droit n'est jamais identique à la force, car celle-ci n'est que le fait brut et le droit est une appréciation (même lorsqu'elle est imposée par la force) des actions humaines, un système de prétentions et de sanctions, le droit et la justice peuvent, tout d'abord, être identifiés. Pourquoi? Parce que l'ordre juridique est conçu comme un reflet de la volonté divine. Ceux qui détiennent le pouvoir sont censés dériver d'une divinité; les premiers juges sont aussi, en général, des prêtres; les premières décisions (Θέμιστες) ont un caractère sacral. Les législateurs s'inspirent, comme toujours, à un idéal de justice, qui, tout étant moral, ne cesse point de n'être qu'un idéal politique. Mais l'ordre juridique qu'ils déterminent est censé être la révélation elle-même d'un commandement divin. On pourrait, il est vrai, nous objecter que, même à ces époques crépusculaires de la société, le droit comme discrimination des différentes actions possibles entre plusieurs sujets, est discernable d'avec la morale comme discrimination entre plusieurs actions que le même sujet pourrait accomplir. Mais il n'est pas moins vrai que le droit, qui naît plutôt comme exigence pratique que comme réflexion éthique, épuise d'abord toute énergie appréciative : le licite est un concept moderne aussi bien dans la théorie que dans la pratique du droit (et ce n'est pas sans une profonde raison qu'Aristote écrit : ce que la loi ne commande pas, elle le défend[1]); droit et coutume sont la

1. ἅ... μὴ κελεύει (ὁ νόμος) ἀπαγορεύει (ARISTOTE, 2. V. 11, 1138 *a*; p. 122.)

même chose dans les premiers temps; les sujets acquiescent au *quia*, et dans la loi juridique-religieuse, qui règle minutieusement tous les actes de leur vie, ils voient la source non moins du droit que de la morale.

Mais peu à peu se fait jour la différenciation entre l'idée de droit et l'idée de justice. Comment et pourquoi?

L'expérience — enseigne Kant — « nous dit bien ce qui est, mais ne dit pas que cela doive être nécessairement ainsi et non pas autrement[1] ». C'est ici — croit-il — l'écueil de l'empirisme. Mais, dans les produits sociaux, c'est justement l'expérience qui enseigne aux hommes que ce qui a été établi d'une façon l'aurait bien pu être d'une autre façon. On comprend que ce qui est pourrait être autrement. On s'aperçoit que l'idéal dont s'est inspiré le législateur n'était pas le meilleur qui pût le guider : pour tout dire en peu de mots, on voit que le droit tel qu'il est n'épuise pas les idéaux de justice.

Comme toujours, c'est la douleur humaine qui enfante cette nouvelle idée. L'idée de justice, comme idée différenciée de celle du droit, naît dès que de nouveaux besoins se font sentir, qui ne trouvent pas leur satisfaction dans l'ordre juridique tel qu'il est constitué. Le droit — et notamment l'ancien droit, par son esprit sacral et par son rigide formalisme — ne se laisse pas transformer aisément. Il est né comme une application, comme une extériorisation d'un idéal de justice. Mais cet idéal, il tend à le cristalliser dans ses formules. L'appréciation des actions humaines, qu'il

1. Kant, 1, Einleit. I; 1. A., p. 35; v. 2. A., p. 648.

contient, est bien vite dépassée par d'autres appréciations, qui surgissent dans les consciences. L'histoire, qui est la vie, ne s'arrête jamais; elle se nie toujours, car elle progresse toujours. On a parlé d'âges organiques et d'âges critiques de la société : mieux vaudrait dire que la vie sociale est une crise perpétuelle; car, à tout instant, le fait, qui est le fils du passé, est arriéré en comparaison de l'idée, qui est la mère de l'avenir. « Concevoir quelque chose de mieux que ce qui est, c'est un premier travail pour réaliser cette chose », écrit Guyau[1]. L'idée de justice n'est que l'expression de la perpétuelle jeunesse, qui engage sa lutte contre la vieillesse du fait accompli. C'est, quelquefois, l'inspiratrice du droit de demain, qui s'oppose au droit d'aujourd'hui, réalisation d'une autre idée de justice, déjà dépassée. L'idée de justice n'est, en somme, qu'une manifestation de l'esprit critique, qui s'exerce sur tout ce qui existe, y compris l'ordre juridique.

Un des préceptes, attribués à plusieurs des sept sages de la Grèce, est celui-ci : obéis aux lois. On peut apprécier toute la rapide évolution de la pensée grecque, en comparant ce dicton avec la critique du droit, faite par les Sophistes, dont la *République* de Platon nous donne une si perçante démonstration. Dans le même temps que la sophistique naît la description historique, qui est une autre incarnation de l'esprit critique. On commence à demander les titres de tout ce qui existe — et on discute ces titres aussi bien devant le tribunal de la conscience que devant celui de l'histoire. La *ratio* non moins que l'*auctoritas* sont in-

1. Guyau, p. 108.

voquées pour ou contre (et particulièrement contre) la légitimité de l'état de fait. De même, avant la Révolution française, tandis que les philosophes s'appuyaient sur le droit naturel pour détruire l'ancien régime, le Tiers-État (qu'on lise ses *cahiers de doléances*, surtout ceux des assemblées primaires) met en discussion les titres féodaux des seigneurs, l'exactitude et l'authenticité des documents de leur pouvoir politique et économique.

L'idée de justice naît dès que l'on doute du droit. « Dans le domaine de la pensée — écrit le regretté philosophe, que nous avons cité auparavant[1] — il n'y a rien de plus moral que la vérité; et quand on ne la possède pas de science certaine, il n'y a rien de plus moral que le doute. »

C'est quelquefois dans la divinité, quelquefois dans la nature, quelquefois dans la raison, qu'on cherche un appui pour s'opposer à la situation de fait qui dérive de l'ordre juridique existant. C'est ainsi que les idéaux, qui relèvent de la conscience (une source — hélas — assez noble) se déguisent en *dictamina* religieux, naturels, rationnels.

Tout le monde connaît la fameuse apostrophe d'Antigone, dans la tragédie de Sophocle (un contemporain des premiers sophistes), aux lois divines, qui lui imposent d'ensevelir le cadavre de son frère, tandis que le décret du tyran Créon le lui défend. Voici — dit-on — le premier exemple de l'antithèse, qui persistera dans les siècles et qui ne sera jamais résolue, entre le droit positif et cet autre *droit*, qu'on a tour à

1. Guyau, p. 73.

tour appelé droit divin, naturel, rationnel, et que nous appellerons plutôt l'idée de justice.

Certes, le droit divin, que l'on a tant de fois invoqué, auparavant comme après, dans les théocraties orientales comme dans le théocratisme médiéval et moderne, pour soutenir le droit positif, c'est-à-dire le système juridique imposé par ceux qui détenaient le pouvoir, a fourni parfois des armes, même aux adversaires de l'ordre juridique existant. Dans les conflits entre ce qui est commandé par Dieu et ce qui n'est imposé que par des hommes, on doit préférer l'obéissance aux lois divines; entre l'accomplissement des devoirs religieux et des obligations civiles, ce sont les premiers qui doivent l'emporter pour une conscience pieuse. Et c'est de la théorie de l'Église sur la désobéissance aux lois injustes que s'inspirait tel cardinal français dans une déclaration faite, il y a peu de mois, devant un juge d'instruction.

Une critique historique des systèmes de droit naturel ou rationnel pourrait démontrer que plusieurs des *droits* réclamés comme dérivant de la nature ou de la raison n'étaient que les idéaux de tel peuple, de telle nation, de telle classe à ce moment historique. La liberté des mers, invoquée par Grotius, représentait l'intérêt des Hollandais, qui s'opposaient aux prétentions des Portugais sur la mer des Indes; la nation, que les Italiens du XIXe siècle voulaient affirmer comme personne du droit international, répondait à l'idéal patriotique de ces juristes. « Le droit naturel — écrit, exactement, M. Jellinek[1] — dans son plus intime

1. JELLINEK, 1, p. 336.

noyau, n'est que l'ensemble des prétentions qu'une société changée dans le cours des temps ou les différentes classes de la société exposent aux puissances qui créent le droit. »

C'est à bon droit que M. Petrone écrit : à la vieille antithèse de « droit naturel » et « droit positif » il faut substituer celle de « justice » et « droit »; pour parler rigoureusement, les idéations de justice ne sont pas *droit,* mais seulement elles peuvent le devenir et elles le sont devenues et le deviendront en réalité lorsqu'elles sortent de l'esprit de l'idéologue et du philosophe, qui les a conçues, pour recevoir le baptême de la sanction sociale de la communauté[1]. Et M. Bartolomei a aussi raison lorsqu'il dit que le vrai et légitime problème du droit naturel est celui du juste, dont il veut tracer les éléments constitutifs, les conditions de l'expérience, mais il exagère un peu lorsqu'il ajoute que le juste n'a rien à faire avec le droit[2].

Certes, il faut éviter les malentendus qui dérivent d'une confusion entre le droit et la justice. Ainsi, par exemple, si l'ordre juridique est un système de règles, qui déterminent à tout instant la licéité et l'illicéité des actions, on ne pourra pas considérer comme juridique une proposition, bien que formellement parfaite, si elle ne se trouve dans ces conditions de validité nécessaires pour qu'elle puisse donner naissance à de véritables obligations juridiques. Même si un projet de loi échoue à la Chambre, faute d'un seul suffrage, quoi qu'on dise, il ne devient pas une loi : est-ce

1. V. Petrone, 3, XXIII, p. 369 et n.
2. V. Bartolomei, p. 19.

que le critère juridique reposerait donc sur un calcul arithmétique? Nullement; mais le réalisme doit regarder la situation de fait, et c'est dans celle-ci qu'elle trouve ses barrières.

Ainsi ne faut-il pas confondre, comme l'ont fait tels partisans du droit naturel, le substratum du droit avec le droit lui-même : lorsqu'on parle de la personnalité et de ses droits, on oublie que la personnalité abstraite n'existe pas, qu'il n'existe que des personnes, physiquement et historiquement conditionnées, et que ces personnes ne sont que des parties du mécanisme social, qui résulte d'un système complexe de forces. Or, s'il est à souhaiter que la personne humaine ait des droits toujours plus étendus, il ne faut pas oublier que l'existence de la personne est le substratum du droit, et que le fondement de ses prétentions réellement juridiques est enraciné dans le sous-sol de tous les facteurs historiques. Le catalogue des droits de la personne humaine, comme telle, dressé et minutieusement accompli par le droit naturel, répond à un idéal, très respectable, de justice; il est le produit d'un jugement de valeur sur les faits sociaux, l'expression d'une noble aspiration de telles consciences : mais, comme il ne peut changer l'ordre juridique existant s'il ne change sa nature, s'il ne cesse d'être théorie pour devenir action, enseigne d'un parti ou d'un groupe social, il ne peut être une théorie du droit, mais seulement un idéal de justice.

Maintes fois, comme nous l'avons déjà observé, on confond l'idéal ou les idéaux du droit dans tel moment historique avec le droit comme produit des forces sociales. Il est vrai que les théoriciens du droit naturel

ne se sont pas bornés à exprimer dans leurs systèmes les idéaux de leur époque. Il est vrai que tels Stoïciens — surtout à Rome — ont condamné l'institution de l'esclavage bien avant que son abolition fût sentie comme un besoin ou un désir de la conscience sociale; il est vrai que l'abbé de Saint-Pierre et Emmanuel Kant ont parlé de la paix perpétuelle un siècle avant nos pacifistes contemporains. Mais il est aussi facile à observer que la pure raison a beau jeu dans ses constructions, plus aisées à parfaire que la plus petite réforme sociale. L'idée de justice a des traits semblables à toute époque. Mais de tels traits appartiennent aussi — nous l'avons vu — à l'idée de droit, à l'ordre juridique. D'ailleurs, que des idéaux surgissent dans la conscience humaine bien avant que les conditions de la société permettent de les réaliser, cela ne prouve rien ni en faveur de l'idéal ni contre la réalité, ni pour la justice ni contre le droit. Cela signifie seulement que le progrès social est une œuvre difficile et complexe, due à plusieurs facteurs, parmi lesquels les facteurs idéaux trouvent aussi leur place. Car nous ne voulons point nier la beauté et la bonté des idées de justice, proclamées par tant de penseurs. Nous combattons seulement la tendance qui porte à transformer *ipso facto* les idées de justice en principes du droit.

On confond, enfin, le droit avec son fondement intrinsèque. Ce fondement est cherché, d'un côté, dans la coexistence humaine; de l'autre, dans la réaction de toute conscience humaine sur les actions du milieu. Nous avons déjà dit que l'idée de droit et l'idée de justice ont une racine commune dans l'ap-

préciation que la conscience fait des actions. Cette appréciation ne se formerait pas dans la conscience si l'homme ne vivait pas en société avec d'autres hommes. L'idée de justice est la forme spécifique, la caractéristique fondamentale de la conscience morale; le jugement général et absolu de la valeur des actions. Tout droit, tout système juridique n'est qu'un essai de réalisation de cette idée. En effet, tout ordre juridique n'est qu'une traduction *en fait* de la nécessité impliquée dans cette *idée;* mais, comme tout fait, il est nécessairement conditionné par les forces, les énergies, dont il est la résultante, et pour cela il est imparfait, tandis que l'idée, qui vit de sa vie propre, est inconditionnée et parfaite. En concevant, donc, tout système juridique, tout droit comme un essai de *droit juste,* il ne resterait pas moins vrai que tout droit ne serait qu'une *species* de ce *genus* de la justice. Mais dans la coexistence humaine et dans l'évaluation que la conscience en donne on ne peut trouver rien de plus que les conditions formelles de toute idée de droit et de justice. Il y a des auteurs, qui ont cru découvrir dans les conditions de la vie en commun tels principes fondamentaux, qui régiraient le monde juridique — des principes éthiques, qui deviendraient des principes logiques, de façon que nul droit ne pourrait subsister sans leur obéir. Mais si l'on regarde de près la réalité des choses, on s'aperçoit que les fondements, qui dérivent immédiatement des conditions de la coexistence humaine ne sont que les principes formels de tout ordre juridique — à savoir, prétention et tutelle, sanction et responsabilité. Les aspects que ces principes ont pris dans le cours de l'histoire ont

été assez différents pour porter au scepticisme maints penseurs, qui ont regardé à la réalité historique pour y puiser une idée de la justice. Mais si des ordres juridiques ont subsisté même en garantissant des prétentions qui, à présent, nous semblent cruelles, même en sanctionnant des responsabilités pour des actions qui aujourd'hui nous semblent sublimes, cela veut dire que *ἡ πόλις συμμένει*, que tout droit peut exister pourvu qu'il respecte ces conditions formelles.

Il faut, donc, distinguer ce qu'on pourrait nommer l'idéal logique du droit de son idéal moral. L'idéal logique ou, ce qui revient au même, le concept du droit est pleinement atteint lorsqu'on découvre les conditions d'existence de tout ordre juridique; et on ferait violence à l'histoire, on n'embrasserait pas « tout le juridique connu », en rejetant comme antijuridiques des systèmes, qui pourtant ont vécu comme de véritables systèmes juridiques. Mais, d'autre côté, nous ferions violence à notre conscience morale, si nous approuvions comme justes quelques-uns de ces systèmes. Cela signifie qu'il faut distinguer l'idée de droit — l'ordre juridique — de l'idée de justice.

Certes, « le droit est le véritable *précipité historique* des différentes idéations de justice[1] ». Mais si cela est vrai pour tout droit, il n'est pas moins vrai que l'idée de justice, qui se transforme et s'élargit toujours, ne peut jamais être complètement assouvie par aucun système juridique. La justice est le but, le droit est le moyen. L'idée du droit est un reflet de

1. V. PETRONE, 3, XXIII, p. 370.

l'état de fait, la notion de l'ensemble des prétentions et des tutelles, des responsabilités et des sanctions; l'idée de justice est la vision d'un but qu'on doit atteindre, d'un idéal auquel on doit se conformer. Le droit, nous l'avons dit, est la cristallisation d'un idéal de justice; mais cet idéal, qui est celui du législateur, est un idéal politique; et bien d'autres idéaux peuvent se trouver dans la conscience humaine, qui engendrent d'autres conceptions de la justice. L'idée du droit est l'idée de la vie sociale telle qu'elle est; l'idée de justice est l'idée de la vie sociale telle qu'elle devrait être. C'est l'État, c'est le pouvoir qui détermine ce qui est licite et ce qui est illicite, et pourtant il est la source immédiate du droit. Mais c'est la conscience qui détermine ce qui est juste et ce qui est injuste, et elle est pourtant la source intarissable de la justice.

29. Gustave Rümelin dit que le concept de justice est un héritage, qui résulte de différents éléments : un élément théologique, juif (*Zädäk*), qui comprend dans la justice l'observance de tous les préceptes divins : c'est l'unique vertu, qui embrasse toutes les autres — un élément éthique, grec (δικαιοσύνη), la vertu cardinale pour la vie sociale, le fondement de l'ordre social et étatique, l'égalité et la proportionnalité — un élément juridique, romain (*justitia*), la ferme et constante volonté d'assurer à chacun le sien. Plus tard, d'autres éléments, par l'influence grecque, entrent dans la conception romaine, et nous avons les trois principes, bien connus, du droit : *honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.* Dans tous ces courants, observe Rüme'in, la justice n'est, tou-

jours, qu' « une qualité humaine ou une vertu ». Mais dans tous ces concepts il y a l'élément de la rétribution (*Vergeltung*). Et, avec la pensée d'une générale rétribution morale, un nouveau moment, apparenté avec les autres, mais plus étendu, se fraie la voie : la justice devient « une idée, un principe, une pensée normative[1] ».

La rétribution est le noyau de l'idée de justice. Mais qu'est-ce que la rétribution? Elle n'est que le symbole, l'abstrait des réactions qui accompagnent les actions. Elle se forme dans la conscience par suite de l'expérience, qui n'est qu'un mécanisme d'actions et réactions. Indifférenciée, d'abord, de l'idée du droit, lorsque l'ordre juridique existant semble être une organisation de rétribution parfaite, reflet de la volonté divine, elle acquiert son autonomie avec la naissance de l'esprit critique, qui n'est qu'un produit d'une expérience plus mûre, laquelle démontre qu'à telles actions pourraient correspondre d'autres réactions différentes de celles que présente l'ordre juridique existant. C'est l'expérience qui réfléchit sur elle-même. C'est alors que l'idée de justice se détache de l'idée de droit; c'est alors qu'elle se présente comme une idée critique de tout ce qui existe, même du droit, comme l'idéal d'une rétribution *adéquate* à toute action. C'est alors, en d'autres mots, que la morale se différencie du droit et s'y superpose.

Car l'idée de justice est une idée morale; ou, pour mieux dire, est l'*idée* même, le principe de la morale sociale. M. Petrone, qui, comme nous avons vu, dit

1. V. Rümelin, **3**, surtout pp. 178-182.

que le droit représente « le *précipité historique de la justice* », dit aussi que le droit « est le *résidu* et le *précipité* historique de la morale[1] ». M. Miceli croit que la justice occupe une « zone moyenne » entre la morale et le droit : dans la première, elle puise, souvent, principalement la force qui rend obligatoires ses règles, et elle s'approche, d'autre côté, du droit en raison du caractère bilatéral de ses rapports et de la possibilité, implicite dans plusieurs de ses règles, de recevoir une coaction extérieure. La justice est un *genus*, qui, outre d'autres *species* de rapports qui n'ont pas encore reçu des dénominations spécifiques, soit parce que leurs caractères différentiels ne sont pas encore bien spécifiés, soit parce qu'on ne peut pas les spécifier, contient la *species* droit, qui se divise, à son tour, dans les variétés du *droit non positif* (*théorique*), lorsque la possibilité d'une coaction organisée de la collectivité reste dans le domaine des consciences, et du *droit positif*, lorsque cette possibilité a été traduite en acte, surtout (dans les périodes de développement avancé) par moyen des organes étatiques[2].

Mais nous pouvons objecter à M. Miceli que, si le droit est une situation de fait, qui détermine exactement ce qui est licite et ce qui ne l'est pas, qui autorise des prétentions et sanctionne des responsabilités, la *species* droit est entièrement épuisée par le droit positif. La théorie du droit peut bien considérer comme droit positif tout le droit qui s'est présenté historiquement comme tel, même s'il n'est plus va-

1. V. Petrone, 3, XXIII, 363; XXV, 387.
2. V. Miceli, 4, partic. pp. 186-187 et 210-211.

lable; mais on parvient ainsi, comme nous sommes parvenus, à la conception universelle de l'ordre juridique, qui contient toutes les conditions de validité de tout droit; ce qui est pourtant bien différent du droit théorique de M. Miceli, qui, justement parce qu'il n'est qu'un droit en voie de formation, pourra être, *lato sensu*, un ensemble d'idéaux juridiques, mais n'est pas encore un véritable droit, qui puisse tomber sous la catégorie de l'ordre juridique. Après les considérations développées précédemment, surtout dans l'Introduction et dans le Chapitre II, sur la division de la philosophie de la vie pratique, nous ne pouvons admettre une idée de justice flottant entre le ciel de la morale et le terrain du droit. Ou c'est de la morale, ou c'est du droit. Ici, vraiment, *tertium non datur*. Or, il est vrai que l'idée de justice est une idée de rétribution, mais rétribution signifie seulement, à notre avis, réaction adéquate à l'action; la rétribution ne peut pas se traduire, *sic et simpliciter*, en bilatéralité. La rétribution peut être attendue, non seulement de la part des autres individus avec lesquels on coexiste, mais aussi de la divinité; et peut aussi revêtir l'aspect d'une approbation de la conscience, se consommer dans le cercle de la conscience individuelle, l'homme juste étant celui qui est tel non pour l'attente d'une récompense de la part d'autrui, mais celui qui pratique le bien — disait Aristote — *κατὰ προαίρεσιν τοῦ δικαίου*[1]. L'homme juste est l'homme honnête (ἐπιεικής) or, l'honnêteté est plus que la justice légale, mais c'est la justice abso-

1. Aristote, 2, V, 2, 1134 *a*; p. 109.

lue[1]. Justice est proportionnalité (ἔστιν ἄρα τὸ δίκαιον ἀνάλογόν τι)[2]; d'accord, mais cette proportionnalité on n'a pas besoin de la chercher toujours dans le monde extérieur; on peut trouver l'ἀνάλογον, la rétribution adéquate à ses propres actions, dans l'intimité de sa conscience. Aussi croyons-nous que la justice ne peut pas se passer des intentions de l'acte.

Nous concevons, donc, la justice comme le principe même de la morale. Et, avec cette théorie, nous nous rattachons à la tradition la plus lumineuse de la philosophie, à la spéculation grecque.

La justice est l'idée morale. Si l'idée de droit peut être conçue, comme nous avons dit dans le Chapitre I, comme une sorte de cénesthésie de l'homme social, la justice est la vertu fondamentale de l'homme social. La première est — pourrait-on dire — une idée imitative, est la représentation de la vie sociale telle qu'on la vit. La deuxième est une idée critique, un jugement, une évaluation de ce qui existe (y compris le droit) par rapport à un idéal.

La justice est l'idée du bien; idée morale qui s'étend aux motifs et les évalue. L'idée de justice peut être vue de deux côtés : du côté subjectif et du côté objectif. Sous le premier point de vue, elle est une vertu, ou mieux *la vertu;* sous le deuxième, elle s'objective, et prend les deux aspects du droit (qui est, nous avons dit, un *minimum* éthique) et de la moralité positive.

Examinons, très brièvement, ces deux côtés. Du

1. V. ARISTOTE, 2, V, 10, 1137 *a*-1138 *a;* pp. 120-121.
2. *Id.*, *ibid.*, V, 3, 1131 *a;* p. 102

côté subjectif, la justice impose tout ensemble l'expansion de la propre personnalité et le respect absolu de la personnalité d'autrui (et, pour cela, elle se révèle intrinsèquement contraire à tout impérialisme). M. Höffding écrit : « ...la morale individuelle se divise naturellement en théorie de l'affirmation de soi et théorie du dévouement. Si l'on décrit ces deux tendances de manière à faire voir la possibilité de leur harmonie, on se trouvera par là même avoir décrit aussi la justice, qui est la vertu morale par excellence. » Et encore : « Nous pouvons reprendre la notion platonicienne de la *justice,* en tant qu'harmonie personnelle, pour exprimer la liaison intime, l'unité supérieure de l'affirmation de soi et du dévouement. L'antique notion d'harmonie doit être élargie et approfondie au moyen des expériences morales qui se trouvent condensées dans les appréciations portées sur le caractère par le stoïcisme, le christianisme, la Renaissance et l'humanité moderne. Mais ce changement dans le contenu de la notion est très possible sans qu'il soit besoin d'en faire éclater le cadre. Notre morale c'est la morale grecque, que l'évolution morale ultérieure, avec ses oscillations multiples, a bien pu modifier et rectifier, mais qui ne pourra jamais être supplantée, tant qu'il subsistera une morale humaine vraiment digne de ce nom[1]. » La justice — dit Platon, suivant l'enseignement socratique — est sagesse et vertu (*σοφία τε καὶ ἀρετή ἐστι δικαιοσύνη*)[2].

La sagesse est pitié, est courage, est tempérance, est

1. Höffding, pp. 162 et 179.
2. Platon, 1, I, 22, 351*a*; p. 30.

justice[1]. La justice, qui est surtout la sagesse dans les rapports avec autrui, est aussi l'origine et la force et le fondement des autres vertus, nécessaires pour l'État[2] et pour l'individu : elle est l'harmonie, qui fait que l'homme reste *un* avec soi-même, tandis que l'homme injuste est comme une pluralité de partis, qui est toujours en révolte et n'est pas d'accord avec soi-même (*στασιάζοντα καὶ οὐχ ὁμονοοῦντα αὐτὸν ἑαυτῷ*)[3]. Pour Aristote, la justice est la vertu complète; elle n'est pas une partie de la vertu; elle est toute la vertu. Seulement le point de vue est différent : relativement à autrui, elle est la justice; comme qualité personnelle, est la vertu absolue[4]. Aristote sent plus vivement que Platon la réalité sociale. L'homme étant pour Aristote un animal social, il en suit que cette vertu parfaite n'est pas purement individuelle, mais se rapporte à autrui (*αὕτη... ἡ δικαιοσύνη ἀρετὴ μέν ἐστιν τελεία, ἀλλ' οὐχ ἁπλῶς ἀλλὰ πρὸς ἕτερον*). Et pour cela la justice apparaît souvent comme la plus puissante (*κρατίστη*) des vertus et plus admirable que le lever et le coucher du soleil[5]. Mais il y a une justice en général, qui se confond avec la vertu tout entière, étant

1. V. PLATON, 2, LXII-LXIII, 507; pp. 287-288.
2. V. PLATON, 1, IV, 10, 433 *b*; p. 119.
3. PLATON, 1, I, 23, 352 *a*; p. 31.
4. ἔστι μὲν... ἡ αὐτή (ἡ ἀρετή), τὸ δ'εἶναι οὐ τὸ αὐτό, ἀλλ' ᾗ μὲν πρὸς ἕτερον, δικαιοσύνη, ᾗ δὲ τοιάδε ἕξις, ἁπλῶς ἀρετή (ARISTOTE, 2, V, 1, 1130 *a*; p. 98).
5. ARISTOTE, 2, V, 1, 1123 *b*; p. 97. Dans la *Politique* il dit que la justice est la vertu sociale, et que d'elle descendent nécessairement toutes les autres vertus (κοινωνικὴν... ἀρετὴν εἶναί φαμεν τὴν δικαιοσύνην, ᾗ πάσας ἀναγκαῖον ἀκολουθεῖν τὰς ἄλλας). 1, III, 7, 1283 *a* ; p. 100.

l'exercice de la vertu absolue par égard à autrui (ἡ... τῆς ὅλης ἀρετῆς... χρῆσις πρὸς ἄλλον)[1]; et il y a une justice spéciale

L'enseignement aristotélicien nous fraie la route pour passer à examiner l'autre côté, le côté objectif de la justice.

Nous avons dit, ailleurs, que le droit n'est qu'un *minimum* éthique. Après les considérations que nous venons de faire, on peut compléter cette observation, en disant que tout droit n'est qu'une réalisation, nécessairement imparfaite, parce que conditionnée aux situations de fait, de l'idée de justice, de cet idéal moral, qui s'élargit et s'intensifie sans cesse, les relations humaines s'étendant et s'entrecroisant de plus en plus. Aristote a distingué la justice particulière ou spéciale en deux, ou plutôt, selon une plus correcte interprétation de sa pensée, qui remonte à Felden, un annotateur de Grotius[2], en trois espèces de justices. Il parle d'une justice *dianémétique* ou distributive, qui consiste dans la distribution d'honneur ou de biens (ἐν ταῖς διανομαῖς τιμῆς ἢ χρημάτων), ou de ces autres choses qui peuvent être divisées parmi les citoyens. Ou la justice considère les συναλλάγματα, les relations qui s'entrelacent entre les hommes. Ces rapports peuvent être volontaires (ἑκούσια), comme la vente, l'achat, l'emprunt (en deux mots, les *négoces juridiques*), et la justice qui les règle est la justice proprement dite *synallagmatique* ou commutative. Ces rapports peuvent être aussi (d'une part, au moins)

1. ARISTOTE, 2, V, 2, 1130 *b*; p. 100.
2. V. TROJANO, surtout pp. 58-59 n.

involontaires (ἀκούσια), et ces *délits* sont ou frauduleux (λαθραῖα) comme le vol, l'adultère, l'empoisonnement, ou violents (βίαια), comme l'homicide, la rapine, l'injure : la justice, qui s'en occupe, est la justice *diorthotique* ou corrective[1].

Qu'on pense aux juridictions, dans lesquelles se fractionne la justice positive dans les États civilisés, et l'on s'apercevra aisément de leur frappante analogie avec les trois espèces aristotéliciennes de la justice. Les justices administrative, civile et pénale correspondent en effet, *lato sensu*, réciproquement aux justices dianémétique, synallagmatique, diorthotique.

Nous avons déjà rappelé, avec Rümelin, les trois préceptes du droit, selon les Romains (§ 1 I. I, 1 — l. 10 § 1 D. de iust. et iur. I, 1). Le véritable cachet de l'idée de droit consiste, à notre avis, dans le deuxième précepte : *alterum non lædere*. Si l'idée de droit est, essentiellement, la représentation de ce qu'on peut faire et de ce qu'on ne peut pas faire sans empiéter sur la sphère d'action d'autrui, l'idée de droit est, dans son essence, une idée des limites imposées à ses propres actions par la coexistence sociale; l'ensemble de ces limites est donné dans la formule : *alterum non lædere*. Mais ce précepte ne rentre que comme un cas, un aspect particulier, dans la règle morale générale : *honeste vivere*. L'*alterum non lædere* est, justement, ce *minimum* de moralité, nécessaire pour la vie sociale, qui est imposé par le droit. Mais le droit, l'ordre juridique, repose aussi sur un fond

1. V. Aristote, 2, V, 3-5, 1131 *a*-1134 *a*; pp. 101-110.

moral; l'idéal, dont s'inspire le législateur, est un idéal politique; mais sa tâche est toujours celle du *suum cuique tribuere.* Le *suum cuique tribuere* est, pour cela, le cachet moral du droit : l'aspect, par lequel le droit apparaît une objectivation de la justice. Et cela a été si bien vu par les Romains, qu'ils ont défini la justice « constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi » (pr. I. h. t. — l. 10 pr. D. h. t.).

Mais le droit ne suffit pas à épuiser le côté objectif de la justice. *Suum cuique tribuere* est l'éternelle tâche du droit. Mais le droit ne suffit pas à *tribuere cuique suum.* Pour que cela soit, il faut que le droit soit accompli par d'autres règles de conduite. Les Romains, qui ne distinguaient pas exactement le droit de la morale, ont dit que « ius est ars *boni et æqui* ». « Cuius merito — ajoute Ulpien — quis nos sacerdotes appellet; iustitiam namque colimus, et *boni et aequi* notitiam profitemur, *æquum ab iniquo* separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes » (l. 1 pr. et § 1 D. h. t.).

La justice, qui, au point de vue subjectif, est une vertu, ou, pour mieux dire, est *la* vertu de l'homme social; au point de vue objectif, trouve un essai de réalisation non seulement dans tout droit et dans tout le droit, mais aussi dans cette moralité qu'on a appelée positive. « Per justum... eum intelligo — écrivait Spinoza à Guillaume de Blyenbergh — qui constanter cupit, ut unusquisque, quod suum est, possideat[1]. »

1. Spinoza, Epist. XXIII. *Op.*, II, p. 290.

Pour atteindre ce but, pour être un homme juste, il ne faut évidemment pas s'arrêter au pur droit. La moralité positive est l'éternel réservoir du droit. Les règles de la moralité positive peuvent se changer en règles de droit; sa sanction peut se transformer en sanction juridique. Les idéaux, auxquels la moralité positive s'inspire, peuvent devenir les pivots du droit de demain. Mais la moralité positive, vue dans son aspect statique, c'est-à-dire à un moment donné, coexistante avec le droit positif, conçue comme objectivation de l'idée de justice, est, tout ensemble, équité, qui répare les blessures du *strictum ius* (*summum ius summa iniuria*) et bienfaisance, qui commande de faire plus que ce qui serait imposé par le droit, en réparant les torts et les déséquilibres, qui ressortent du jeu des forces sociales, ayant leur expression dans l'ordre juridique.

La justice nous apparaît donc, à la fois, subjectivement comme vertu personnelle, et objectivement comme ensemble du droit existant et comme moralité positive. Ce ne sont que trois moments d'une seule et même idée, qui est en somme l'idéal moral immanent dans la société et dans la conscience.

Par cette idée, plus élevée que l'idée de droit, car elle ne se renferme pas aux faits, mais se fait juge du droit lui-même, l'homme se substitue à la divinité. Le jugement absolu, que l'homme prononce sur les faits humains, même sur ses actions, en ne consultant que la voix sévère de sa conscience, est la plus haute expression de son *humanitas ;* est le cachet, dirait un croyant, de sa nature divine, qui n'est et ne devient telle que lorsqu'elle est vraiment

humaine. C'est ainsi que la justice et la vertu ne font qu'une chose. L'homme, qui est vraiment juste, c'est-à-dire vraiment homme, n'est point sévère avec les autres et faible avec soi-même; et il n'est non plus faible avec les autres et cruel avec soi-même. L'homme juste, le *probus vir,* n'exerce point tout son droit, mais fait usage seulement de ce droit, qui n'est pas en contraste avec sa conscience morale. Il y a, disions-nous, des actions licites, qui ne sont pas justes — c'est-à-dire des actions, que l'homme de bien, tout en pouvant les accomplir sans rencontrer aucune sanction du droit existant, n'accomplit point, parce qu'il les juge, sinon malhonnêtes, au moins non tout à fait justes. Et, encore, l'homme vraiment juste se préoccupe bien plus des décrets de sa conscience que de la réaction, favorable ou défavorable, que ses actions pourraient rencontrer dans la société. Ainsi, il brave parfois les sanctions du droit positif et même le blâme ou les railleries de l'opinion publique pour accomplir tout son devoir, jugeant injustes ce droit et cette opinion publique; et il ne se préoccupe pas si les actions, qu'il croit justes, ne seront pas adéquatement récompensées par la société. Car il sait que toute action juste renforce son âme, sa conscience; que nulle forme d'approbation de la société ne vaut cette approbation qui lui vient de sa conscience; que nulle rétribution du milieu vaut cette rétribution tout intime qui est le plus grand prix qu'il puisse prétendre et attendre. L'exercice de la justice renferme en soi-même sa récompense. Si la justice est la vertu, on peut répéter les mots sublimes, que Spinoza, esprit haut et serein d'homme et de philosophe,

a écrit, vers la fin de son *Éthique :* « Beatitudo non est virtutis præmium, sed ipsa virtus[1] », et on peut dire qu'à l'homme vraiment juste on ne fait point d'injustice.

30. Une philosophie sincèrement réaliste ne peut bannir les idéaux de la réalité : les idéaux existent dans les consciences humaines et poussent l'humanité à l'action. Mais le réalisme renverse la thèse idéaliste : ce n'est pas la Providence ou l'Idée qui dirige l'histoire; c'est l'histoire, c'est la vie, c'est la lutte, qui enfante l'idée.

L'idée de justice, que nous disons immanente dans la société, source et mesure de tout droit, de tout ordre juridique, ne dérive point d'une divinité — ou, au moins, nous n'avons pas besoin de cette hypothèse pour l'expliquer — ni elle est, non plus, dans la conscience, une *proles sine matre creata.* Elle est une donnée de la conscience, qui, comme toute autre formation naturelle, est étroitement liée et conditionnée par tout l'ordre universel et humain. C'est l'expérience, qui la produit dans la conscience, en démontrant à l'homme que ce qui existe n'est pas immuable et que l'histoire est son œuvre, sa tâche, le moule où il peut jeter la craie de sa volonté.

L'idée de justice est une idée de rétribution, qui est connaturelle à l'humanité, parce qu'elle dérive de l'expérience des réactions subséquentes aux actions; elle s'étend aux divinités, elle devient même leur attribution, lorsque l'homme anthropomorphise

1. Spinoza, *Eth.* Pars V, Prop. XLII. *Op.*, I, p. 265.

les dieux; elle s'étend, parfois, aux animaux inférieurs, aux plantes, à tout ce qui vit, aux êtres naturels, à toute chose même. Platon disait que la justice veut qu'on rende, non seulement à tout homme, mais à toute chose, ce qui lui est dû. Mais le véritable royaume de la justice est l'humanité. Ici, elle s'étend de classe à classe, de peuple à peuple, en embrassant tous les hommes d'un peuple, tous les peuples de la terre, lorsque l'homme dans tout autre homme voit un frère, lorsqu'il découvre partout son image, lorsqu'il sent que dans tout autre individu humain il y a un peu de lui-même, un autre soi-même.

Qu'est-ce donc que la justice? La justice n'est que *l'idée du bien*, qui vit, même lorsqu'elle sommeille, dans toute conscience humaine, dont elle est le véritable cachet; la justice est l'idée d'une réaction adéquate à toute action humaine; elle est, tout ensemble, l'expression de la rétribution, qui est la condition de la vie sociale, et le symbole de son progrès infini. Elle est, en somme, la mère et l'idée-limite du droit.

La mère : car le droit se révèle comme une réalisation de cette idée, conditionnée par les nécessités de temps et de lieu (*minimum* éthique); l'idée-limite : car aucun droit, aucun ordre juridique ne peut apaiser définitivement tout besoin de justice, ne peut traduire effectivement en fait toute cette idée. Et si ce jour arrivait, ce serait la fin du progrès (qui est une *contradictio in adjecto*), la mort du droit et de la justice.

Mais, tout étant de forme immuable, l'idée de justice est de contenu variable. C'est, en effet, l'éternel

métier de l'histoire de remplir ces formes vides, qui sont représentées par chacun des mots : *suum cuique tribuere.*

Suum : c'est, d'époque en époque, la vie; la propriété; l'action en justice; la sécurité de l'emploi; la sûreté de la vieillesse; la réparation des dommages; la liberté de propager ses idées; de professer toute religion; la faculté de choisir toute carrière; la garantie du commerce, du territoire et de la souveraineté de l'État, c'est tout cet ensemble de facultés, de libertés, qui est embrassé dans ce monosyllabe de la formule de la justice.

Cuique : ce sont, d'abord, les membres du même groupe, les sujets du même souverain; les habitants du même État; c'est le groupe lui-même; la ville; l'État; c'est tout citoyen de toute classe; c'est le prisonnier lui-même; c'est le citoyen de tout peuple civilisé, indépendamment de sa situation sociale, du sexe, de sa foi religieuse; c'est tout État; c'est tout peuple; c'est tout homme, qui devient ce *quisque,* auquel le *suum* doit être attribué.

Tribuere : c'est, tout ensemble, la garantie du droit et la sanction menacée à qui en sort; c'est la peine attachée au crime et la récompense promise aux vertus sociales; c'est la tutelle de la liberté et l'assurance pour le développement de la vie sociale; c'est tout cela qui est contenu dans ce simple mot : *tribuere.*

Dans tout peuple, dans toute vie en commun il y a des nécessités qui doivent être respectées : ce sont, vraiment, ces nécessités qui régissent la vie sociale avec la force de l'impératif logique plus encore que

moral : elles expriment la *conditio sine quâ non* de la vie sociale. C'est le droit, qui résulte de ces conditions, qui est né chez tous les peuples, sans que l'un sût de l'autre, et qu'après, dit Vico, « avec les occasions *de guerres, ambassades, alliances, commerces, on reconnut commun à tout le genre humain*[1] ». Mais ce qu'on trouve à toute époque et partout, ce n'est que l'ordre juridique, c'est-à-dire un système d'obligations, qui repose sur des conditions fondamentales. Mais tout le progrès du droit consiste dans une perpétuelle transformation du contenu de ce système d'obligations, dans un déplacement des bornes du licite et de l'illicite, dans une nouvelle interprétation des mots et des concepts, qui constituent la formule et l'idée de la justice : *suum cuique tribuere.*

Tout droit qui s'affirme — ou mieux qu'on affirme — est une réalisation nouvelle de l'idée de justice. Mais les droits ne sont ni le don d'une divinité, ni la manifestation d'une Idée transcendante, ni un produit qui fleurisse dans la conscience sociale avec la même spontanéité que les fleurs qui surgissent dans les champs, ni un présent que les classes qui détiennent le pouvoir élargissent spontanément, par pure philanthropie. Tout droit consacré dans la loi est le résultat d'une lutte préalable, le trophée d'une victoire arrachée quelquefois à prix du sang.

Parfois les luttes entre les classes se livrent sur un champ vraiment juridique : car le cas n'est pas rare de véritables violations de lois ou de contrats, que les plus forts commettent contre les plus faibles. Il

1. Vico, *Scienza nuova, II*, I, Degn. XIII. *Op.*, V, p. 99.

y a des grèves qui, pour ainsi dire, ont en vue l'avenir, à savoir la formation de nouveaux traités, l'adoption de nouveaux salaires, la licéité de certaines actions; mais il y en a aussi qui ne visent qu'à la rectification d'un contrat violé par une des parties, à l'observance d'une loi déjà sanctionnée, à la *restitutio in integrum*, pour tout dire, d'un véritable droit lésé.

Dans la plupart des cas, pourtant, les luttes sociales sont des combats, non de droit, mais de justice. On veut déplacer quelques-unes des bornes qui délimitent le licite et l'illicite; on veut introduire de nouvelles obligations, de nouveaux principes du droit. La victoire est une conquête sur le terrain du droit; mais la bataille se livre sur le terrain de la justice.

Il n'y aucun fait qui soit licite ou illicite en soi : le critère de licéité est mouvant et dépend de la composition de la société. Et il n'y a, non plus, un juste en soi : la justice dépend du rapport entre les actions humaines et les réactions appréciatives de la conscience. Si on parle d'une relativité de la logique, on peut parler, à meilleure raison, d'une relativité de la justice, car la conscience, et toute appréciation qui réside en elle, subit immédiatement le contre-coup de la vie, qui se transforme toujours. La justice, tout étant toujours formellement égale à elle-même dans son essence de rétribution, change profondément son contenu, avec le progrès de la vie.

Ce sont les nouveaux besoins, qui prêtent une matière toujours nouvelle à l'idée de justice. Et cette idée, qui n'est pas la même d'une époque à une autre, a, aussi, un contenu différent, dans la même époque, sinon dans toute conscience, au moins dans les classes

différentes d'une même société. L'idéal des bourgeois — pour certains rapports de la vie sociale — n'est pas identique à celui des prolétaires ; l'idéal du Tiers, État, avant la Révolution française, n'était pas celui des deux premiers ordres. C'est — dirait un métaphysicien — l'Idée qui se sert de moyens différents pour triompher ; nous renversons la proposition et concevant le problème d'une façon réaliste, nous pouvons dire que les différents besoins donnent au problème juridique une solution différente. Qu'est-ce que l'idée de justice, sinon le problème — toujours nouveau — du droit ? C'est l'histoire, qui se charge de le résoudre, ou mieux qui n'en donne que des solutions toujours provisoires. Mais le progrès du droit repose sur cette crise perpétuelle.

Le progrès du droit, qui consiste dans une application toujours nouvelle de cette idée de rétribution, qui est l'essence de la justice, résulte aussi bien de la mêlée des intérêts que de la lutte des idéaux.

On croyait, jadis, que la justice est un don des dieux ou une idée qui se réaliserait d'elle-même ; on croyait aussi que l'homme est un jouet dans les mains de la divinité ou de la destinée, ou, sans qu'on ne pût jamais expliquer comment le libre arbitre n'est pas détruit par la providence, que l'homme accomplît avec sa libre activité un dessein providentiel. Par antithèse, on a dit plus tard que le monde, le monde physique comme le monde moral, n'était qu'une chaîne rigide de déterminismes, qui anéantiraient toute initiative humaine, et que l'homme était dominé par les lois de la nature et de l'histoire, de façon qu'aucune place ne restât à l'efficacité de son

action. On commence à comprendre que l'histoire est œuvre humaine; que la liberté n'est pas mépris, mais compréhension et obéissance aux lois du réel, et que, si l'homme ne peut ébranler les conditions de la réalité, il a toutefois un champ assez étendu pour que sa volonté puisse agir et modifier la réalité.

La justice apparaît, dans cette phase de la pensée, comme une idée humaine, comme une conquête humaine toujours inassouvie, comme l'expression la plus haute de l'*humanitas*, dans ses triomphes et dans ses efforts. C'est un idéal qui naît et se transforme dans la conscience, et se réalise peu à peu par la volonté de l'homme, qui a sa destinée dans son poing et dans son esprit, qui est *faber suæ fortunæ*. Mais cette œuvre de réalisation de la justice, qui est la tâche perpétuelle de l'histoire, résulte aussi bien des luttes que de la collaboration des hommes.

Guyau, qui, dans une page poétique, a comparé l'humanité qui attend « chaque jour la venue de son idéal » à cette folle, qui se croyait fiancée et tous les matins se parait avec une robe blanche et une couronne de mariée en attendant l'époux[1], a écrit pourtant, dans la conclusion du même ouvrage[2], qu'entre le scepticisme et le dogmatisme il y a un milieu : « il faut se dire que l'humanité est en marche et marcher soi-même. Le travail, comme on l'a dit, vaut la prière; il vaut mieux que la prière, ou plutôt il est la vraie prière, la vraie providence humaine : agissons au lieu de prier. N'ayons espoir qu'en nous-

1. V. Guyau, pp. 46-47.
2. V. *Id.*, pp. 251-252.

mêmes et dans les autres hommes, comptons sur nous. L'espérance, comme la providence, voit parfois devant elle (*providere*). La différence entre la providence surnaturelle et l'espérance naturelle, c'est que l'une prétend modifier immédiatement la nature par des moyens surnaturels comme elle, l'autre ne modifie d'abord que nous-mêmes ; c'est une force qui ne nous est pas supérieure, mais intérieure : c'est nous qu'elle porte en avant. »

L'œuvre de réalisation de la justice requiert le travail de chacun. Travaillons donc, pour le triomphe de nos idées de justice. Réussirons-nous? N'importe. Les germes, que nous aurons déposés dans les consciences fraternelles, ne seront pas perdus. La dignité de la vie — et c'est là ce qu'il faut *sentir* — ne consiste pas dans le but qu'on atteint; elle repose, entièrement, sur la bonté de l'effort.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

ALCIAT (André). *Tractatus de præsumptionibus*. Lugduni, 1551. Juntae. In-16°.

ALIGHIERI (Dante). *De monarchia*. Dans : Tutte le opere di D. A. nuovamente rivedute nel testo da E. Moore. Oxford, 1894. Stamperia dell' Università. In-16° (pp. 339-376).

ARDIGÒ (Roberto). 1. *I tre momenti critici nella storia della Gnostica della filosofia moderna*, dans : *Opere filosofiche*. Vol. X, Parte prima (pp. 61-147). Padova, 1907. Draghi. In-8°.

2. *La Ragione*, dans : *Op. filos*. Vol. VI (pp. 5-342). Padova, 1894. Draghi. In-8°.

3. *Il pensiero e la cosa*, dans : *Op. filos*. Vol. VIII (pp. 399-423). Padova, 1901. Draghi. In-8°.

4. *L'idealismo della vecchia speculazione e il realismo della filosofia positiva*, dans : *Opere filos*. Vol. IX (pp. 5-119). Padova, 1903. Draghi. In-8°.

5. *Sociologia*, dans : *Opere filos*. Vol. IV (pp. 5-252). Padova, 1886. Draghi. In-8°.

ARISTOTE. 1. *Politica* ed. F. Susemihl. Lipsiæ, 1894. Teubner. In-16°. Bibl. scriptor. græcor. et romanor.

2. *Ethica Nicomachea* rec. F. Susemihl. Lipsiæ, 1880. Teubner. In-16°. c. s.

3. (apocryphe?) *Magna moralia* rec. F. Susemihl. Lipsiæ, 1883. Teubner. In-16°. c. s.

ARON (G.). Les présomptions « juris et de jure » et leur origine historique. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*. XX, (1896), pp. 500-513.

BACON (Francis). *Works* collected and edited by James Spedding, Robert Leslie Ellis and Douglas Denon Heath. Vol. I (Philosophical Works, Vol. I). New edition. London, 1889. In-8°. Longmans and Co. — Vol. VI (Literary and professional Works. Vol. I). New edition. London, 1890. In-8°. Longmans and Co.

BALDWIN (James Mark). 1. *Le développement mental chez l'enfant et dans la race.* Trad. Nourry. Paris, 1897. Alcan. In-8°. Bibl. de philos. contemporaine.

2. *Interprétation sociale et morale du développement mental.* Trad. Duprat. Paris, 1899. Giard et Brière. In-8°. Bibl. sociolog. internationale, XVIII.

BARASSI (Lodovico). 1. *Le « fictiones juris » in Baldo,* dans le vol. : *L'opera di Baldo* (Annali dell' Università di Perugia. Facoltà di giurisprudenza. Vol. X-XI. Anno 1900-1901). Perugia, 1901. In-8°. Tipidella Unione Cooper. (pp. 113-138).

2. Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial modo a mezzo di animali. *Rivista italiana per le scienze giuridiche.* Vol. XXIII (1897, pp. 325-360), XXIV (1897, 1898, pp. 174-197, 379-422), XXV (1898, pp. 56-83).

BARTOLOMEI (Alfredo). *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto con riguardo delle quistioni metodologiche odierne.* Parte prima. Roma, 1901. Bocca. In-8°.

BAVIERA (Giovanni). *Leges imperfectæ minus quam perfectæ e perfectæ,* dans : *Scritti giuridici.* Vol. I. Diritto Romano (pp. 199-224). Palermo, 1909. Tip. Gaipa. In-8°.

BERGSON (H.). *L'évolution créatrice.* Paris, 1907. Alcan. In-8°. Bibl. de philosophie contemporaine.

BERNHÖFT (Franz). *Zur Lehre von den Fiktionen,* dans le vol. « *Aus Römischem und Bürgerlichem Recht* » *E. J. Bekker zum* 16. *August* 1907 *überreicht.* Weimar, 1907. Böhlaus Nachf. In-8° (pp. 239-290).

BIERLING (Ernst Rudolph). 1. *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe.* 2 vol. Gotha, 1877-1883. F.A. Perthes. In-8°.

2. *Juristische Prinzipienlehre.* 3 vol. Freiburg i. B., 1894, 1898, 1905. J. C. B. Mohr. In-8°.

BINDING (Karl). *Die Normen und ihre Uebertetung.* II A. I Band : *Normen und Strafgesetze.* Leipzig, 1890. Engelmann. In-8°.

BONFANTE (Pietro). 1. *Diritto romano*. Firenze, 1900. Cammelli. In-8°.

2. *Istituzioni di diritto romano*. IV éd. Milano, s. d. (mai 1907). Vallardi. In-16°. Biblioteca giuridica contemporanea.

BOUTROUX (Emile). 1. *De l'idée de loi naturelle dans la science et la philosophie contemporaines*. Paris, 1901. Société franç. d'imprimerie et de libr. In-8°.

2. *De la contingence des lois de la nature*. V éd. Paris, 1905. Alcan. In-16°. Bibliothèque de philosophie contemporaine.

BRINI (Giuseppe). *Jus naturale*. Bologna, 1889. Tip. Fava e Garagnani. In-8°.

BRUGI (Biagio). 1. *Introduzioneenciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza*. IV éd. Milano, 1907. Società editrice libraria. In-16°. Piccola biblioteca scientifica, 14.

2. *Istituzioni di diritto civile italiano*. II éd., Milano, 1907. Società editrice libraria. In-16°. Piccola biblioteca scientifica, 12.

BRUNETTI (Giovanni). *Il delitto civile*. Firenze, 1906. Seeber. In-8°.

BULLEN (T. J.). *Fictions (Legal)*, dans le vol. V de : A. Wood Renton, *Encyclopædia of the laws of England*. London (Sweet and Maxwell) and Edinburgh(Green),1898. In-8° (pp. 335-336).

BÜLOW (Oskar). *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*. Abdruck aus dem *Archiv für die civilistische Praxis*. LXII, 1 (1879). Tübingen, 1879. In-8°.

BURCKHARD (Hugo). *Die civilistischen Präsumtionen*. Weimar, 1866. In-8°.

CALDA (Alberto). *L'impugnativa del credito nella esecuzione forzata della sentenza*. Bologna, 1907. Zanichelli. In-8°.

CALDERONI (Mario). 1. *Disarmonie economiche e disarmonie morali*. Firenze, 1906. Lumachi. In-16°.

2. Formes et critères de responsabilité, *Revue de Métaphysique et de Morale*, XVII (1909), pp. 172-202.

CAMMEO (Federico). 1. *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, dans : *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura di V. E. Orlando. Vol. III (pp. 1-220). Milano, s. d. Società editrice libraria. In-8°.

CROCE (Benedetto. 6. *Il giudizio economico e il giudizio tecnico.* Ibid. (pp. 285-296).

CRUET (Jean). *La vie du droit et l'impuissance des lois.* Paris, 1908. Flammarion. In-16°. Bibliothèque de philosophie scientifique.

DEGNI (Francesco). *L'interpretazione della legge.* Napoli, 1909. Jovene. In-8°.

DEL VECCHIO (Giorgio). 1. *Sull' idea di una scienza del diritto universale comparato.* II éd. Torino, 1909. Bocca. In-8°.

2. *Il concetto del diritto.* Bologna, 1906. Zanichelli. In-8°.

3. *I presupposti filosofici della nozione del diritto.* Bologna, 1905. Zanichelli. In-8°.

4. *Il sentimento giuridico.* II éd. Roma, 1908. Bocca.

5. *Il concetto de la natura e il principio del diritto.* Torino, 1908. Bocca. In-8°.

DEMELIUS (Gustav.). *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung.* Weimar, 1858. Böhlau. In-8°.

DERNBURG (Heinrich). *Die Phantasie im Rechte.* Berlin, 1894. Müller. In-8°.

DEWEY (John). Mot : *Nature*, dans : BALDWIN : *Dictionary of Philosophy and Psychology.* Vol. II (pp. 138-141). New-York, 1902. Macmillan. In-8°.

DIELS (Hermann). *Die Fragmente der Vorsokratiker.* II A. I B. Berlin, 1906. Weidmann. In-8°.

DILTHEY (Wilhelm). *Einleitung in die Geisteswissenschaften.* I Band. Leipzig, 1883. Duncker u. Humblot. In-8°.

DONATI (Benvenuto). *Interesse e attività giuridica.* Bologna, 1909. Zanichelli. In-8°.

DUGUIT (Léon). 1. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat.* Paris, 1908. Alcan. In-16°. Bibliothèque de philosophie contemporaine.

2. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive.* Paris, 1901. Fontemoing. In-8°. Etudes de droit public, I.

DUHEM (P.). *La théorie physique, son objet et sa structure.* Paris, 1906. Chevalier et Rivière. In-8°.

DUMAS (G.). Les conditions biologiques du remords. *Revue philosophique*, octobre 1906, pp. 337-358.

DUMÉRIL (Henri). Les fictions juridiques. Leur classification leurs origines. *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger.* VI (1882), pp. 448-453 et 534-544.

DUPRAT (G.-L.) *La solidarité sociale.* Paris, 1907. Doin. In-18°. E. S.

DURKHEIM (Emile). *De la division du travail social.* II éd. Paris, 1902. Alcan. In-8°.

EISELE (Fr.). Unverbindlicher Gesetzesinhalt. *Archiv für die civilistische Praxis.* LXIX B. (N. F., XIX B.) 1886 (pp. 275-330).

ENRIQUES (Federigo). *Les Problèmes de la science et la logique.* Trad. Dubois. Paris, 1909. Alcan. In-8°. Bibl. de philos. contempor.

ESMEIN (A.). *Eléments de droit constitutionnel français et comparé.* IV éd. Paris, 1906. Sirey. In-8°.

ESPINAS (Alfred). *Des sociétés animales.* II éd. Paris, 1878. Germer-Baillière. In-8°.

FERRARA (Francesco). *Esame storico-critico di economisti e dottrine economiche del secolo XVIII e prima metà del XIX.* Raccolta delle prefazioni alla 1ª e 2ª serie della *Biblioteca degli economisti.* 2 vol. chacun divisé en 2 parties. Torino, 1889-1891. Unione tipografico-editrice. In-8°.

FERRINI (Contardo). 1. Ancora sulle « presunzioni » in diritto civile. *Archivio giuridico*, L (1893), pp. 564-569.
2. Le presunzioni in diritto romano. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XIV (1893), pp. 258-294.
3. *Manuale di Pandette.* II éd. Milano, 1904. Società ed. libr. In-16°. Piccola bibl. scientif., 6.

FICHTE (Johann Gottlieb). *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre.* Iena u. Leipzig, 1796. Gabler. In-16°.

FITTING (Hermann). Die Grundlagen der Beweislast. *Zeitschrift für Deutschen Civilprozess*, Band XIII (1889), pp. 1-79.

FORTI (Ugo). *Il realismo nel diritto pubblico.* Camerino, 1903. Tip. Savini. In-8°.

FRAGAPANE (Salvatore). *Il problema delle origini del diritto.* Roma, 1896. In-8°. Loescher.

FREYCINET (C. de). *Sur les principes de la mécanique rationnelle.* Paris, 1902. Gauthier-Villars. In-8°.

GABBA (Carlo Francesco). 1. *Del silenzio nel diritto civile*, dans : *Nuove questioni di diritto civile.* Vol. I. Torino, 1905. Bocca. In-8° (pp. 109-140).

GABBA (Carlo Francesco). 2. *Teoria della retroattività delle leggi*. III éd. Vol. I. Torino, 1891. Unione tipogr.-edit. In-8°.

3. *Contributi alla teorica del danno e del risarcimento* — dans le vol. cité sous 1 (pp. 209-301).

GÉNY (François). *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris, 1899. Chevalier-Maresq. In-8°. Bibl. de jurispr. civile contemp., I.

GIORGI (Giorgio). *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. Vol. I. VI éd. Firenze, 1903. Cammelli. In-8°.

GLÜCK (Federico). *Commentario alle Pandette*. Libro I trad. da Contardo Ferrini. Milano, 1888. Vallardi. In-8°.

GRADENWITZ (Otto). Interpolationen in den Pandekten. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. VII Band (1886). *Romanistische Abtheilung* (pp. 45-84).

GROTIUS (Hugo). *De jure belli ac pacis* libri tres. T. 5. Lausannæ, 1751-2. Bousquet. In-8°.

GUYAU (J.-M.). *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*. IX éd. Paris, 1907. Alcan. In-8°. Bibliothèque de philosophie contemporaine.

GUYOT (Paul). L'idée de fiction. *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*. XXXII (1908), pp. 416-421.

HEGEL (G.-W.-F.). 1. *Encyclopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*. In II A. neu herausgegeben von G. Lasson. Leipzig, 1905. Dürr. In-8°. Philosophische Bibliothek, Band 33.

2. *Grundlinien der Philosophie des Rechts* herausgegeb. von E. Gans. *Werke*, VIII. B. Berlin, 1833. Duncker u. Humblot. In-8°.

HELLWIG (Konrad). *Anspruch und Klagrecht*. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht. Jena, 1900. Fischer. In-8°.

HOBBES (Thomas). *Elementa philosophica de cive*. Lausannae, 1760. Grasset. In-16°.

HÖFFDING (Harald). *Morale*. Trad. par L. Poitevin. Paris, 1907. Alcan. In-8°.

HUME (David). *A treatise of human nature* edited by Green and Grose. Vol. I. London, 1898. Longmans, Green and C°. In-8°.

IHERING (Rudolf von). 1. *Der Kampf um's Recht.* XIV A. Wien, 1900. Manz. In-8°.

2. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement.* Trad. par O. de Meulenaere. III éd. Paris, 1886-1888. Marescq. 4 vol. in-8°.

3. *Der Zweck im Recht.* III A. 2 vol. Leipzig, 1893-1898. Breitkopf u. Härtel.

JAMES (William). *Principii di psicologia.* Trad. ital. con aggiunte e note di G. C. Ferrari. Milano, 1901. Soc. ed. libraria. In-8°.

JANET (Paul). *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale.* III éd. Paris, 1887. Alcan. 2 vol. in-8°.

JELLINEK (Georg). 1. *Das Recht des modernen Staates.* I Band : *Allgemeine Staatslehre.* II A. Berlin, 1905. Häring. In-8°.

2. *System der subjectiven öffentlichen Rechte.* II A. Tübingen, 1905. Mohr. In-8°.

JOLY (J.). Les origines du droit dans leur intégralité. *Revue philosophique.* Février 1883, pp. 170-190.

KANT (Immanuel) 1. *Kritik der reinen Vernunft*, herausgegeben von Karl Kehrbach. II A. Leipzig, Reclam. In-24°. Universal-Bibliothek, Nr. 851-855.

2. *Kritik der practischen Vernunft*, herausgegeben von Karl Kehrbach. Leipzig, Reclam. In-24°. Universal-Bibliothek, Nr. 1111-1112.

3. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.* II A. Königsberg, 1798. In-16°.

4. *Kritik der Urtheilskraft* herausgegeben von Benno Erdmann. Leipzig, 1880. Voss. In-8°.

5. *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können*, herausgegeben von Karl Schulz. Leipzig, Reclam. Universal-Bibliothek, Nr. 2469-2470.

KUHLENBECK (L.). Zur Psychologie des Rechtsgefühls. *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.* B. I. (1907-1908), pp. 16-25.

LANDRY (Adolphe). *Manuel d'économique.* Paris, 1908. Giard et Brière. In-8°.

LASSON (Adolf). *System der Rechtsphilosophie.* Berlin und Leipzig, 1882. Guttentag. In-8°.

MARSILE de Padoue. *Adversus usurpatam Romani Pontificis Jurisdictionem, de re Imperatoria et Pontificia liber, qui Defensor Pacis inscribitur* — dans : GOLDASTI MELCHIORIS, *Monarchiæ S. Romani Imperii sive Tractatuum de iurisdictione imperiali seu regia*, T. II (pp. 154-312). Francofordiæ, 1614. Hoffmann. In-4°.

MASCI (Filippo). 1. *Logica* (*Elementi di Filosofia.* Vol. I). Napoli, 1899. Pierro. In-8°.

2. Del concetto e dei limiti della sociologia. *Atti della R. Accad. di Scienze Morali e Politiche di Napoli.* Vol. XXXVI, 1906 (pp. 91-130).

MATAJA (Victor). *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie.* Lepzig, 1888. Duncker u. Humblot. In-8°.

MAYER (Gottlob). *Die Lehre vom Erlaubten in der Geschichte der Ethik seit Schleiermacher.* Leipzig, 1899. Deichert. In-8°.

MAZZARELLA (Joseph). *Les types sociaux et le droit.* Paris, 1908. O. Doin. In-18°. E. S.

MENOCHIUS (Jacobus). *De Præsumptionibus, coniecturis, signis, et indiciis commentaria.* Venetiis, 1609. Apud haered. Hier. Scoti. 2 vol. in-folio.

MERKEL (Adolf). *Hinterlassene Fragmente und Gesammelte Abhandlungen.* II. Teil, 1. Hälfte. Strassburg, 1899. Trübner. In-8°.

MICELI (Vincenzo) 1. Il diritto quale fenomeno di credenza collettiva, *Rivista italiana di sociologia*, IX (1905), pp. 501-522.

2. *La norma giuridica.* Parte I. *Elemento formale.* Palermo, 1906. Reber. In-16°.

3. *Lezioni di filosofia del diritto.* Vol. I. Palermo, 1908. Cooper. editor. universitaria. In-8°.

4. La giustizia e il diritto nei loro caratteri differenziali, *Rivista italiana di sociologia*, VI (1902), pp. 165-211.

MILL (John-Stuart). *A system of logic ratiocinative and inductive.* New impression. London, 1904. Longmans, Green and Co. In-8°. The silver library.

MIRANDA (L.). La posizione logica del rapporto giuridico. *Rivista Filosofica.* 1907, pp. 493-498.

MONTESQIUEU. *De l'esprit des lois.* Dans : *Œuvres complètes.* T. I (pp. 32-730). Paris, 1839. Lefèvre. In-16°.

MORTARA (Lodovico). *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile.* Vol. I-II. Milano, s. d. Vallardi. In-8°.

Orestano (Francesco). *I valori umani.* Torino, 1907. Bocca. In-8°. Biblioteca di scienze moderne, N. 29.

Ostwald (W.). 1. *L'Energie*, Trad. par E. Philippi. II éd. Paris, 1910. Alcan. In-16°. Nouvelle collection scientifique.

2. *Grundriss der Naturphilosophie.* Leipzig, Reclam. In-24°. Universal-Bibliothek, Nr. 4992-4993.

Pareto (Vilfredo). *Manuel d'économie politique.* Trad. Bonnet. Paris, 1909. Giard et Brière. In-8°. Bibl. internation. d'écon. polit.

Paulhan (F.) La contradiction de l'homme. *Revue philosophique.* 1908. I, pp. 27-47 et 145-168.

Petrone (Igino). 1. La sociologia e la sua elisione logica nella filosofia dello spirito. *Atti della R. Accad. di scienze Morali e Politiche di Napoli.* Vol. XXXVI (1906), pp. 131-155.

2. *Il diritto nel mondo dello spirito.* Milano, 1910. Libreria editrice milanese. In-8°.

3. Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto. *Rivista italiana per le scienze giuridiche.* Vol. XXII (1897), pp. 340-368; Vol. XXIII (1897), pp. 361-388; Vol. XXV (1898), pp. 338-396.

4. *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania.* Pisa, 1895. Spoerri. In-16°.

5. *I limiti del determinismo scientifico.* II éd. Roma, 1903. Cooper. poligr. editrice.

Planiol (Marcel). *Traité élémentaire de droit civil.* IV éd. Paris, 1906-1907. Libr. génér. de droit et de jurispr. In-8°.

Platon. 1. *De Republica* dial. ex rec. C. F. Hermanni (Dial. Vol. IV). Lipsiae, 1856. Teubner. In-16°. Bibl. scriptor. græcor. et romanor.

2. *Gorgias* ex rec. C. F. Hermanni (Dial. Vol. III). Lipsiae, 1856. Teubner. In-16°. c. s.

Poincaré (H.). 1. *Science et méthode.* Paris, 1908. Flammarion. In-16°. Bibliothèque de Philosophie scientifique.

2. *La valeur de la science.* Paris, 1904. Flammarion. In-16°. Bibliothèque de Philosophie scientifique.

Polacco (Vittorio). Le cabale del mondo legale. Discorso. *Atti del R. Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti.* Anno accad. 1907-1908. Tomo LXVII. Parte prima; pp. 155-186.

Puchta (G. F.). *Cursus der Institutionen.* IX A. Leipzig, 1881. Breitkopf u. Härtel. 2 vol. in-8°.

RAMPONI (Lamberto). 1. *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano.* Torino, 1890. Bocca. In-8°.

2. Note sulle presunzioni in diritto civile. *Rivista italiana per le scienze giuridiche.* XIV (1893), pp. 329-350.

RENOUVIER (Charles). *Science de la morale.* Nouv. éd. 2 vol. Paris, 1908. Alcan. In-8°. Bibliothèque de philosophie contemporaine.

RIBOT (Th.). *Les maladies de la personnalité.* X éd. Paris, 1903. Alcan. In-16°. Bibl. de philos. contemporaine.

RICHARD (Gaston). 1. *Essai sur l'origine de l'idée de droit.* Paris, 1892. In-8°. Thorin.

2. *La sociologie générale. Nature de ses lois.* E. S. O. Doin (sous presse).

RIGHI (Augusto). Le nuove vedute sull'intima struttura della materia, dans : *Atti della Società italiana per il progresso delle scienze.* Parma. Settembre 1907. Roma, 1908. In-8°. (pp. 108-131).

ROMAGNOSI (G.-D.). 1. *Assunto primo della scienza del diritto naturale* — dans : *Opere* riordinate ed illustrate da Alessandro de Giorgi. Vol. III. Parte I (pp. 553-669). Milano, 1842. Perelli e Mariani. In-8°.

2. *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale — ibid.* (pp. 55-491).

3. *Genesi del diritto penale — Opere.* Vol. IV. Parte I (pp. 3-416). 1841.

ROMANO (Santi). *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi* — dans : *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura di V. E. Orlando. Vol. I (pp. 109-220). Milano, s. d. Società editrice libraria. In-8°.

ROSMINI-SERBATI (Antonio). *Filosofia del diritto.* Vol. I. Milano, 1841. Boniardi-Pogliani. In-8°.

ROUSSEAU (J.-J.). *Du contrat social.* Dans : *Œuvres complètes.* Tome I. Paris, 1837. Furne et C. In-8°. (pp. 639-699).

RUFFINI (Francesco). *La classificazione delle Persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi* [Innocenzo IV] *ed in Federico Carlo di Savigny* — dans le vol. *Studii giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento — Storia del diritto italiano.* Torino, 1898. Bocca. In-8° (pp. 313-393).

RÜMELIN (Gustav). 1. *Ueber das Rechtsgefühl* (1871). Dans le vol. *Reden und Aufsätze*. Freiburg i. B., s. d. (mais 1875). Mohr. In-16°. (pp. 62-87).

2. *Eine Definition des Rechts*. Dans le vol. *Reden und Aufsätze*. Neue Folge. Freiburg i. B., s. d. (mais 1881). Mohr In-16° (pp. 317-349).

3. *Ueber die Idee der Gerechtigkeit*. Dans *Reden und Aufsätze*. N. F. (pp. 176-202).

SAVIGNY (Federico Carlo di). 1. *Sistema del Diritto romano attuale*. Traduzione di Vittorio Scialoja. Torino, 1886-1898. Unione tipografico-editrice. 8 volumes, in-8°.

2. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. II A. Heidelberg, 1828. Mohr. In-8°.

SCHOPENHAUER (Arthur). *Die Welt als Wille und Vorstellung*. I Band. Leipzig, Reclam. In-24°. Universal-Bibliothek, Nr. 2761-2765.

SCIALOJA (Vittorio). L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo. « *Scientia* ». *Rivista di Scienza*. Vol. VIII, anno IV (1910). N. XIII-1 (pp. 131-143, trad. dans le supplément, pp. 98-111).

SEILHAN (Anatole). Thèse pour le doctorat : Droit romain : *Des présomptions en matière civile*. Corbeil, 1889. In-8° (pp. 9-75).

SELIGMANN (Ernst). *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne* (Beiträge zur Lehre vom Staatsgezets und Staatsvertrag. I). Berlin und Leipzig, 1886. Guttentag. In-8°.

SPINOZA (Benedictus de). *Opera* quotquot reperta sunt recognoverunt J. van Vloten et J. P. N. Land. Ed. altera. Hagae Comitum, 1895. Nijhoff, 3 vol. in-16°.

STIRNER (Max). *Der Einzige und sein Eigentum*. Leipzig. Reclam. In-24°. Universal-Bibliothek, Nr. 3057-3060.

SUMNER MAINE (Henry). 1. *L'ancien droit*. Trad. Courcelle-Seneuil. Paris, 1874. Durand et Pedone Lauriel, Guillaumin. In-8°.

2. *Études sur l'histoire des institutions primitives*. Trad. Durieu de Leyritz. Paris, 1880. Thorin. In-8°.

TAMASSIA (Nino). Giovanni Argiropulo e un proemio medioevale dei libri giuridici. *Atti del R. Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*. Anno accad. 1907-1908. Tomo LXVII. Parte seconda; pp. 137-140.

THON (August). *Rechtsnorm und subjectives Recht.* Weimar, 1878. Böhlau. In-8°.

TOCQUEVILLE (Alexis de). *L'ancien régime et la révolution.* III éd. Paris, 1857. M. Lévy. In-8°.

TROJANO (P.-R.). *La giustizia secondo Aristotele* — dans la broch. : *Dottrine morali di Protagora e Aristotele* (pp. 21-65). Napoli, 1897. Pierro. In-16°.

UNGER (Joseph). 1. *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts.* II Band. IV A. Leipzig, 1876. Breitkopf u. Härtel. In-8°.
2. *Handeln auf eigene Gefahr.* II A. Iena, 1893. Fischer. In-8°.

VAILATI (Giovanni). Sull' applicabilità dei concetti di causa e di effetto nelle scienze storiche. *Rivista italiana di sociologia,* VIII (1903), pp. 241-247.

VALENTI (Ghino). *Principii di scienza economica.* Firenze, 1906. Barbèra. In-16°. Manuali di scienze giuridiche sociali e politiche, N. VIII.

VANNI (Icilio). *Lezioni di filosofia del diritto.* III éd. Bologna, 1908. Zanichelli. In-8°.

VICO (Giambattista). *Opere* ed. da Guiseppe Ferrari. II éd. Milano, 1852-1854. Società tipografica de' classici italiani. 6 vol. in-8°.

WESTERMARCK (Edward). *The origin and development of the moral ideas.* Vol. I. London, 1906. Macmillan. In-8°.

WINDSCHEID (Bernardo). *Diritto delle Pandette.* I trad. ital. con note di C. Fadda e P. E. Bensa. Torino (in corso di pubbl., dal 1902). Unione tipografico-editrice. In-8°.

WUNDT (Wilhelm). *Ethik,* III A. 2 vol. Stuttgart, 1903. Enke. In-8°.

ZITELMANN (Ernst). *Irrtum und Rechtsgeschäft.* Leipzig, 1879. Duncker u. Humblot. In-8°.

TABLE ALPHABÉTIQUE

DES AUTEURS ET DES MATIÈRES

TABLE SYSTÉMATIQUE DES MATIÈRES

